



Etude de l'accession artificielle en droit romain

Laurent Balanger

► To cite this version:

Laurent Balanger. Etude de l'accession artificielle en droit romain. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2004. Français. NNT : 2004CLF10271 . tel-00661386

HAL Id: tel-00661386

<https://theses.hal.science/tel-00661386>

Submitted on 19 Jan 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ETUDE DE L'ACCESSION ARTIFICIELLE EN DROIT ROMAIN

THESE présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT
Le 26 mai 2004

Laurent BALANGER

Directeur de thèse Madame le Professeur Jacqueline Vendrand-Voyer Suffragants Monsieur le
Professeur Jean-Pierre Coriat Madame le Professeur Soazick Kerneis Madame Virginie
Lemonnier-Lesage (Maître de Conférence)

Table des matières

Remerciements . .	1
INTRODUCTION .	3
Première Partie : CARACTERES GENERAUX DE L'ACCESSION .	7
CHAPITRE 1 : Conditions de l'accession .	9
SECTION 1 Nécessité d'une adjonction entre les deux biens en cause . .	10
SECTION 2 Nécessité d'une hiérarchie entre les deux biens en cause : établissement de cette hiérarchie sur une base rationnelle . .	23
CHAPITRE 2 : Domaine d'action : incertitudes sur les limites de l'accession .	33
SECTION 1 Scriptura, pictura ¹²⁵ et tinctura . .	34
SECTION 2 L'invention des trésors : essai de détermination du véritable caractère juridique . .	38
Deuxième Partie : EFFETS DE L'ACCESSION ET LEURS JUSTIFICATIONS JURIDIQUES EN DROIT ROMAIN . .	63
CHAPITRE 1 : L'accession séparable a-t-elle pour effet d'éteindre temporairement le droit de propriété ? .	68
SECTION 1 Examen de la thèse de Ratti relative à la « renaissance des droits » ²³⁹ .	69
SECTION 2 Examen des textes démontrant que l'objet accessoire ne prend pas toujours la nature juridique de l'objet principal . .	83
CHAPITRE 2 : L'accession séparable a-t-elle pour effet de suspendre le droit de propriété ? .	87
SECTION 1 Dans le cadre de l'union d'un meuble et d'un immeuble . .	88
SECTION 2 Dans le cadre de l'union de deux meubles .	98

¹²⁵ KARRAS (H.), *Scriptura und pictura im römischen und bürgerlichen Recht, Ein Beitrag zur Lehre von der Akzession*, Berlin, 1905 ; BORTOLUCCI, "Tabula picta", in *Scritti Arno*, 1928, p. 14-22 ; ARNO (C.), "Sculptura e pictura", in *Annuario dell'istituto di storia del diritto romano della università di Catania*, 17, 1928, p. 31 et s., NARDI, "Tabula picta", in *Archivio Giuridico*, 1, 1939, p. 129-144 ; ALBANESE (B.), "Esegesi minime in tema di specificazione", in *Labeo*, 1, 1955, p. 166 et s., MADDALENA, "Tabula Picta : Ritorna a jhering", in *Labeo*, 13, 1967 ; KASER (M.), "Tabula picta", in *T.R.*, 36, 1968, p. 31 et s., LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984 ; GLYN WATKIN (T.), "TABULA PICTA : IMAGES AND ICONS", in *S.D.H.I.*, 1984, p. 383-399 ; MAYER-MALY (T.), "Nuove ipotesi in tema di TABULA PICTA", in *Labeo*, 1986, p. 78-82 ; COPPOLA (G.), "In tema di tabula picta", in *INDEX*, 16, 1988, p. 401-409.

²³⁹ Cette thèse a déjà été largement critiquée par GUARNERI CITATI (A.), "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti", in *Annali del Seminario Giuridico dell' università di Palermo*, 14, 1930, 227 et s. Nous estimons cependant ne devoir utiliser l'argumentation contenue dans cet article que ponctuellement, car trop nombreuses sont les analyses qui aboutissent à la constatation d'une interpolation de texte.

CHAPITRE 3 : Justification de ces mutations : explication du phénomène d'accession .	104
CONCLUSION .	113
BIBLIOGRAPHIE ..	117

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre très grande reconnaissance à Monsieur le Professeur Richard Sotty qui a accepté de diriger cette recherche pendant les premières années, et qui, avec bienveillance, nous a fait bénéficier de ses précieux conseils et de sa vaste et sûre connaissance du droit romain.

Nous tenons également à remercier Madame le Professeur Vendrand-Voyer qui lors de nos premières années d'études nous a fait découvrir et aimer l'histoire du droit, nous a fait confiance, et a accepté de reprendre la direction de nos travaux.

Notre plus sincère gratitude va enfin à Monsieur le Doyen Coriat, à Madame le Professeur Kerneis et à Madame Lesage pour l'honneur qu'ils nous font de participer à ce jury de thèse.

INTRODUCTION

Quand deux biens ayant chacun leur individualité s'unissent ou s'incorporent et forment une unité nouvelle, le droit ne reconnaît à cette union qu'une seule individualité ; celle du bien le plus important ou bien principal. "*Ce droit s'appelle droit d'accession*"¹, et c'est une opinion fort répandue qu'il s'agit d'un des quelques principes généraux forgés à partir des règles de droit romain².

"Accessorium sequitur principale, Maior pars trahit ad se minorem, Accessorium sequitur naturam principalis, Superficies solo cedit, Accessio cedit principali...". Les maximes romaines ne manquent pas pour indiquer que le bien accessoire suit le sort du bien principal. Le droit d'accession en tire une certaine dimension. Gage d'une tradition ancienne, la formule latine, dont quelques principes juridiques ont le privilège d'être revêtus, leur confère une autorité remarquable³ : "*ils ont résisté aux révolutions*".

¹ Art 546 du Code Civil : "*La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturel-lement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'ac-cession*".

² CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T. 3, Paris, 1957, n° 216 : "*Si les romains n'ont sans doute pas conçu ce que nous appelons l'accession comme un mode d'acquérir autonome, ce sont eux qui ont forgés les règles à partir desquelles s'est constitué l'article 555 du Code Civil*".

³ CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T. 1, Paris, 1957, n° 29, p. 107 : "*Tous les principes généraux du droit ne s'expriment pas en maximes juridiques, mais toutes les maximes juridiques expriment un principe général du droit*".

*poli-tiques, aux transformations économiques, au changement des mœurs. Cette pérennité est la preuve de leur valeur. Ils sont en général formulés par une phrase brève et rude qui impose l'obéissance. Ils semblent représenter les préceptes impérissables de la vie juridique. Il n'est pas nécessaire de croire à leur origine divine ou rationnelle pour les respecter. Il suffit de constater qu'ils s'imposent par la force de la tradition*⁴. Bref, *"ils représentent des opinions anciennes sur la nécessité de certaines règles..."*⁵. Ainsi, depuis le droit romain, la maxime *"Accessio cedit principali"*⁶ est parvenue jusqu'à nous.

Bien sûr, entre l'attitude romaine et la présentation du système du Code Civil, les points de vue sont différents. Le Code Civil a posé le principe d'un droit d'accession⁷ d'où sont déduites des solutions concrètes⁸. Les romains, au contraire, résolvent séparément chaque question de fait en fonction de considérations morales, économiques et sociales, et il arrive fréquemment que, dans le cas considéré, l'accessoire suive le sort du principal, mais ils n'ont *"jamais tenté de dégager une théorie générale fédérant les différentes hypothèses aujourd'hui regroupées sous le même terme"*⁹. Il peut en effet paraître étonnant que les jurisconsultes romains, si scrupuleux sur l'emploi des termes, si méticuleux dans leur classification, n'aient pas donné de nom à un huitième mode d'acquisition de propriété s'il a existé, et n'aient jamais employé le nom s'il a été désigné¹⁰.

⁴ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 1955, n° 133, p. 328.

⁵ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 1955, n° 133, p. 329.

⁶ Ulpien D 34.2.19.13 lib. 20. ad Sabinum : *"Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. Et ait Sabinus auro argentove cedere : ei enim cedit, cuius maior est species. Quod recte expressit : semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae, fialis, vel lancibus inclusae, auro argentove"*.

⁷ En effet, l'accession est considérée, en droit français, comme un véritable mode d'acquisition de la propriété. Article 712 du Code Civil : *"La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription"*.

⁸ Telle est du moins la constatation qui paraît s'imposer lorsqu'on examine le plan suivi par le Code. Cependant, le détail de la réglementation de l'accession se prête moins bien à cette vue systématique des choses et il faut faire un réel effort de synthèse pour maintenir l'unité de la théorie. Les nécessités pratiques et l'évolution économique et sociale ont en effet poussé à faire ressortir le particularisme de certaines situations réglées sous le terme générique d'accession. La théorie unitaire tend à se désagréger et le droit positif se rapproche beaucoup plus du droit romain, sinon dans les solutions elles-mêmes, du moins dans la façon d'aborder la question. Là où on pouvait voir l'un des grands principes du droit de propriété, n'apparaît plus que l'humble règlement concret d'un certain nombre de difficultés pratiques.

⁹ BERTREL (J.P.), *Essai d'une théorie nouvelle de l'accession, contribution à l'étude du droit civil des biens*, Paris, 1995, p. 1.

¹⁰ En ce sens MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1947 (6ème éd.), p. 399 : *"Le mot accession, qui n'est d'ailleurs pas employé par les textes romains avec le sens technique que lui donnent les auteurs modernes, est une expression commode pour désigner un certain nombre de cas où l'union d'une chose accessoire à une chose principale entraîne l'acquisition de la chose accessoire par le propriétaire de la chose principale"*.

En droit romain chaque cas d'accession est un cas d'espèce, avec ses caractéristiques individuelles ; celles des cas d'accession mobilière ne sont pas celles des cas d'accession immobilière. De là vient précisément l'intérêt de notre recherche. Nous ne sommes pas en présence d'un principe juridique stable et uni-forme¹¹. "*L'accession, tant par la variété des cas d'application que par la multiplicité des points de vue auxquels on peut se placer, interdit de dégager des règles bien précises*"¹², et personne jusqu'ici n'a tenté d'en donner une justification d'ensemble¹³. L'institution n'est pas étudiée et demeure assez mystérieuse. Il y est certes souvent fait allusion. Mais point d'explication.

Pourtant, s'il n'y a pas en droit romain d'idée unique qui relie entre elles toutes les hypothèses que l'on désigne aujourd'hui sous le nom d'accession¹⁴, nous estimons que les textes présentent un certain nombre d'hypothèses qui sont reliées entre elles par des règles bien précises, que nous entendons bien dégager.

Pour parvenir à ce résultat, il nous semble opportun de bien cerner le concept en

¹¹ Lorsque les juriconsultes ont envisagé les différentes hypothèses d'union entre deux biens, ils ont résolu ces questions en ordre dispersé. Les différentes illustrations classées sous le nom d'accession se trouvent souvent éparpillées et séparées les unes des autres par des hypothèses de confusion et de spécification. Gaius, dans ses *Institutes*, après avoir traité de l'occupation (IG II.66 à 69), se préoccupe dans les paragraphes suivants des accroissements fluviaux comme l'alluvion, l'avulsion, l'île née dans le fleuve (IG II.70 à 78). Puis il envisage les différentes hypothèses d'accession artificielle c'est-à-dire les édifices, les plantations, l'ensemencement, l'écriture et la peinture. Le juriconsulte omet de mentionner certaines hypothèses classiques comme le lit abandonné, ainsi que quelques cas d'accession de meuble à meuble comme la *ferruminatio*, la teinture et le tissage. Dans les *res cottidianae* de Gaius l'ordre est le suivant : sont traités tout d'abord, de D 41.1.7.2 à 6, les accroissements fluviaux et notamment le lit abandonné. Dans les trois paragraphes suivants Gaius intercale les hypothèses de spécification et de confusion. Puis, à partir du paragraphe 10 et dans les premiers paragraphes de D 41.1.9, Gaius envisage les cas d'accession artificielle, et précisément les constructions, les plantations et l'ensemencement, l'écriture et la peinture. Il manque toujours les hypothèses de *ferruminatio*, de teinture et de tissage. Dans les *Institutes* de Justinien, l'ordre est conforme aux *res cottidianae* de Gaius : de IJ 2.1.20 à 24, il expose les hypothèses d'accroissements fluviaux. Puis au § 25, il intercale la spécification, au § 26 il se préoccupe du tissage ; aux § 27 et 28 il traite de la confusion. Enfin, du § 29 au § 34, on retrouve la série habituelle des cas d'accession artificielle c'est-à-dire les constructions, les plantations et l'ensemencement, l'écriture et la peinture. Il manque toujours la *ferruminatio* et la teinture. Cette confusion entre les hypothèses d'accession, de confusion et de spécification ne se retrouve pas qu'à travers les *Institutes* de Justinien, de Gaius ou les *res cottidianae* du même auteur. On retrouve cela à travers les développements des autres juriconsultes classiques (cfr. Ulpian D 6.1.5 ; Paul D 41.1.26 ; Pomponius D 41.1.27). Ils nous manifestent la même liberté de développement et de passage. La série mentionnée de D 41.1.24 à 30 reflète un état semblable des choses.

¹² OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J.), *Droit Romain et ancien droit*, les biens, Paris, p. 255. Dans le même ordre d'idée PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., 1, Firenze, 1906, p. 143, n° 2, et SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 71.

¹³ On a certes étudié des hypothèses particulières d'accession (MONIER (R.), *Le tignum iunctum*, Thèse, Paris, 1922 ; LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984) mais on n'a jamais insisté sur son véritable caractère juridique.

¹⁴ Suivant la tradition, et pour ne pas engendrer de bouleversements inutiles, nous continuerons à utiliser le terme "accession". Mais nous devons tenir compte que l'on justifie cette expression avec peine et que l'idée générale qui inspire cette institution dépasse le cadre des différentes hypothèses que l'on a l'habitude de résumer sous le nom d'accession. En effet, certaines hypothèses se rapprochent plutôt de la spécification comme par exemple la *pictura*.

consacrant la première partie de notre travail à l'étude des caractères qui spécifient l'ensemble des cas d'accession artificielle (**1ère partie**). Cette étude promet d'être délicate puisqu'elle implique la recherche des multiples applications de la règle. Elle est cependant indispensable car elle nous permettra non seulement de déterminer les conditions de cette institution (**Chapitre 1**), mais aussi de la délimiter et de la distinguer de tout ce qui peut lui ressembler (**Chapitre 2**).

Il nous faudra également tenter de construire une synthèse cohérente des effets de l'accession qui peuvent être fort différents en fonction du cas d'espèce considéré (**2ème partie**). Il conviendra de mettre en relief les mutations réelles (**Chapitre 1**) ou apparentes (**Chapitre 2**) apportées au droit de propriété par l'adjonction ; mutations qu'il nous faudra justifier d'après le droit car cette extension de l'individualité d'un bien sur un autre de moindre importance, ou bien accessoire, constitue un phénomène juridique qui consacre un véritable mode de spoliation de la propriété (**Chapitre 3**).

Dans cette recherche, nous avons décidé de nous limiter à l'étude de l'accession artificielle en laissant délibérément de côté l'accession naturelle. Sans doute est-ce se priver des enseignements précieux et des riches perspectives que l'on devine en songeant à une étude de l'accession naturelle. Nous reconnaissons volontiers que notre choix est largement arbitraire. A défaut d'autre justification que la nécessité de maintenir le volume de cet ouvrage dans des limites acceptables, il s'explique du moins par l'espoir de donner à l'ensemble une certaine unité de ton¹⁵. Cependant, l'accession artificielle n'étant en quelque sorte qu'une dépendance de l'accession en général, il est naturel que nous envisagions cette dernière, au moins ponctuellement, pour en définir les caractéristiques, lesquelles, en définitive, doivent se retrouver avec leurs spécificités dans l'accession artificielle. Nous nous permettrons ainsi, de déborder parfois des frontières de l'accession artificielle au sens strict.

¹⁵ En effet, ces deux catégories d'accession sont fort différentes. Nous verrons à ce propos que la classification est largement arbitraire, l'appartenance de certaines hypothèses d'accession naturelle à une hypothèse d'accession est fortement contestable (en ce sens SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p 68-70).

Première Partie : CARACTERES GENERAUX DE L'ACCESSION

En droit romain, le phénomène de l'accession soulève des questions juridiques pour la solution desquelles il convient de faire plusieurs ordres de réflexion.

Rationnellement, une unité formée par deux individualités distinctes ne peut exister que si l'une des deux périt d'une manière définitive ou provisoire. Cela se traduit par le résultat suivant : quand une chose s'incorpore à une autre de façon à perdre son individualité, elle n'existe plus juridiquement "*res extinctae vindicari non possunt*"¹⁶. Par conséquent le droit de propriété qui s'y rapporte s'éteint¹⁷.

A l'inverse, la chose à laquelle elle s'incorpore reste toujours la même, bien qu'elle se

¹⁶ I 2.1.26. Se reporter également à IG II.79.

¹⁷ Dans certains cas où notre droit moderne admet une acquisition définitive de la propriété par le propriétaire de la chose principale (Art. 566 CC, Loi N° 60-464 du 17 mai 1960), les romains déclarent que le droit du propriétaire de la chose accessoire est simplement suspendu ou disparaît temporairement pendant l'union. En effet, en droit romain l'adjonction de deux choses n'a pas toujours pour effet de faire acquérir irrévocablement à l'un d'entre eux la propriété de l'ensemble. Contrairement à de nombreux auteurs, nous estimons que pour certaines hypothèses, la question de la disparition juridique de la chose accessoire, et par corrélation du droit de propriété qui s'y rapporte, est fortement contestable. Cependant, par commodité de raisonnement, nous estimons devoir partir de ce postulat. Nous aurons à y revenir longuement dans la deuxième partie de notre recherche.

trouve momentanément ou définitivement accrue par la suite de la disparition temporaire ou irrévocable d'une autre chose. La chose principale est considérée comme un tout dans lequel s'absorbe la chose accessoire. Cela nous est rapporté par Paul au D 41.1.26.1 *lib. 14. ad Sabinum* : "*Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset : in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum : tota enim eius sunt, cuius ante fuerant*". Le pro-priétaire de la chose principale devient donc pro-priétaire de l'ensemble.

Ainsi, cette attribution autoritaire de la propriété de l'accessoire au propriétaire du principal consacre un véritable mode de spoliation de la propriété. Une solution moins arbitraire, semble-t-il, aurait été d'admettre, dans ces circonstances, une copropriété. Cette solution est envisagée par le droit romain mais il ne s'agit pas d'hypothèse d'accession ; c'est ce qu'on appelle le mélange et la confusion¹⁸. Quand des meubles appartenant à des propriétaires différents ne peuvent être séparés (mélange de deux vins) de sorte qu'aucun des deux ne peut être regardé comme principal, les deux propriétés divisées portant sur le premier vin et sur le second sont remplacées par une propriété indivise¹⁹. Cette solution s'écarte des principes stricts de l'accession mais elle s'impose logiquement dans ces hypothèses²⁰.

Dans la majorité des cas où il y a rapprochement de deux choses, il faut reconnaître que cette copropriété n'est pas à préconiser car, soit elle est naturellement inapplicable, soit elle entraîne une gêne tellement considérable que toute jouissance des deux biens unis devient impossible. Aussi, en dépit de leur répugnance à admettre l'acquisition, les jurisconsultes romains ne peuvent éviter ce moyen extrême lorsque l'union entre deux choses mobilières ou d'une chose mobilière et immobilière est indissoluble. C'est ce qui arrive par exemple pour le papier et l'écriture²¹ ou la tablette et la peinture²². Dans ces cas, la propriété de la chose accessoire s'éteint définitivement faute d'objet, et on parle d'accession définitive ou indissoluble : "*Sed et id quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit : licet de pictura quidam contrà senserit, propter pretium picturae : sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*"²³.

¹⁸ I 2.1.27 : "*Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed si diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum, idem iuris est : nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quodsi fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit*".

¹⁹ GAUDEMET (J.), *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, Thèse, Strasbourg, 1934, p 83-84.

²⁰ Nous aurons à y revenir.

²¹ I 2.1.33.

²² I 2.1.34.

²³ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*.

La rigueur du droit a cependant conduit à reconnaître dans bien des hypothèses d'accession, le droit de demander la séparation. Le propriétaire peut intenter l'*actio ad exhibendum*, pour ensuite revendiquer sa chose : "*Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur...*"²⁴.

Cette situation se rencontre lorsque l'union n'est pas indissoluble. C'est par exemple le cas de la pierre précieuse enchâssée dans une bague ; la propriété portant sur la chose accessoire n'est alors que paralysée ou, selon certains auteurs, est morte avec une possibilité de résurrection. Mais même dans ces hypothèses où le rapprochement n'est que temporaire, le propriétaire de l'objet accessoire ne jouit pas de la plénitude de ses droits pendant l'union.

Ainsi, dans bien des hypothèses, et lorsque les conditions requises sont réunies (**Chapitre 1**), les romains ne peuvent éviter l'application du droit d'accession. Le propriétaire du bien réuni par l'adjonction perd sa propriété définitivement ou provisoirement selon que l'adjonction est ou n'est pas indissoluble (**Section 1**), et lorsque la notion romaine considère les deux choses comme étant l'une en face de l'autre dans un rapport de principal à accessoire (**Section 2**).

Cette étude des conditions de l'accession est déterminante pour notre recherche. Comme nous venons de l'illustrer, l'accession en droit romain contient une foule de distinctions qui ne peuvent que jeter dans l'embarras. La confusion qui existe entraîne, comme il faut s'y attendre, de nombreuses controverses, et tout particulièrement dans la partie concernant son domaine d'action. Nous verrons qu'il existe des hypothèses où le doute s'élève, où malgré la réunion des conditions requises, l'appartenance de telle ou telle institution à une hypothèse d'accession a été discutée (**Chapitre 2**).

Ces dernières controverses n'ont pas encore été tranchées par des solutions définitives ; il faut que nous essayions d'aboutir à ce résultat. Pour cela, nous estimons devoir partir de données générales de l'accession qui découlent logiquement les unes des autres et qui forment un tout homogène car il est impossible de délimiter une institution si nous n'en connaissons pas précisément la nature. L'étude des conditions de l'accession devrait nous permettre de parvenir à ce résultat²⁵.

CHAPITRE 1 : Conditions de l'accession

²⁴ Paul D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad Edictum*. Nous en puisons également la preuve dans un texte de Paul mentionné au D 10.4.6 *lib.* 14. *ad Sabinum*.

²⁵ Nous informons, avant de commencer nos développements, que cette question de la nature et des caractères du droit d'accession a fait l'objet de peu d'études récentes. Les quelques auteurs qui se sont penchés partiellement sur la question l'ont fait essentiellement à la fin du 19ème et au début du 20ème siècles. Pour cette raison, nous nous permettrons d'utiliser une bibliographie quelque peu ancienne.

D'après la législation romaine, lorsqu'un objet s'accroît, se modifie par l'adjonction d'un autre objet, il faut définir quelle est la chose principale, quelle est la chose accessoire, et décider que l'objet dans son ensemble est acquis au maître du principal, en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale*.

C'est ce que nous dit notamment Paul au D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad Edictum* : "*Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest...*". D'après ce texte, l'accession nécessite deux éléments : l'adjonction de deux choses (**Section 1**) et le caractère accessoire de l'une d'elles (**Section 2**).

SECTION 1 Nécessité d'une adjonction entre les deux biens en cause

Après étude de différents textes, nous constatons que le fait à l'origine du droit d'accession survient soit pour des choses qui n'appartiennent à personne, soit pour des choses qui proviennent originellement de la propriété d'autrui mais sur lesquelles il est impossible de reconnaître ou de faire constater aucun droit, soit enfin pour des choses appartenant à autrui.

Dans le premier cas, la *res nullius* devient ma propriété sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait incorporation, absorption du nouvel objet par ma chose ; il peut suffire d'un simple rapprochement. Dans cette hypothèse, la législation romaine doit se montrer moins rigoureuse. L'eau de pluie qui tombe dans une citerne, l'aérolite qui tombe sur un fond, appartiennent immédiatement au propriétaire de l'objet principal. Il ne s'agit pas de dépouiller autrui mais de faire passer dans le domaine de la propriété ce qui n'appartient à personne.

Les romains rangent dans ce cas celui du fleuve qui abandonne son lit. Le lit desséché est considéré comme *res nullius* (il est public tant que les eaux y coulent) et comme chose devenue *nullius*, il est attribué par moitié aux propriétaires voisins, en application du droit d'accession²⁶. Il en va de même pour les îles nées dans le fleuve²⁷.

Tout ce qui vient d'être dit s'applique pour la même raison au second cas. Il s'agit encore ici de ne dépouiller personne car les choses ne sont pas reconnaissables.

Il en va ainsi pour les feuilles détachées de diverses propriétés et mêlées aux

²⁶ Gaius D 41.1.7.5 *lib.* 2. *Rerum cottidianarum* : "*Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit : novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium...*". Se reporter également à Pomponius D 41.1.30.1 *lib.* 34. *ad Sabinum*.

²⁷ Pomponius D 41.1.30.2 *lib.* 34. *ad Sabinum* : "*Tribus modis insula in flumine fit, uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, altero, cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit, tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit et eum alluendo auxit. Duobus posterioribus modis privata insula fit eius, cuius ager prior fuerit, cum primum extitit : nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet. Nec quicquam intersit, utrum de alveis duntaxat solo mutato an de eo, quod superfusum solo et terrae sit, quaeratur, utrumque enim eiusdem generis est. Primo autem illo modo causa proprietatis non mutatur*".

miennes sur le terrain qui m'appartient, sans qu'il soit possible à personne de distinguer ce qui vient de chez lui. L'alluvion dont le fleuve accroît pour ainsi dire grain à grain mon champ riverain, ou même le limon noir parfaitement reconnaissable qu'il y dépose tout d'un coup pendant l'inondation, tout cela, quoique provenant du feuillage, des terres arrachées à autrui, mais dont personne ne peut prouver sa propriété, passe dans ma propriété²⁸. Ainsi, dans les différentes hypothèses d'accession naturelle, n'importe quelle adhésion d'une chose accessoire à une chose principale suffit à fonder l'acquisition. Il n'est pas nécessaire de rechercher la nature et la force de la cohésion²⁹. Nous laisserons donc de côté ces différents cas car ils ne présentent que peu d'intérêt³⁰.

Au contraire, la situation est fort différente lorsque la chose incorporée a un pro-priétaire identifiable car il peut y avoir respectivement perte et acquisition de propriété. Ici, l'événement tend à attribuer à l'un ce qui appartient à l'autre. Dans ces hypothèses, on parle d'accession artificielle et il s'agit de la matière qui nous préoccupe. Dans ces cas seulement, il est nécessaire qu'il y ait un rapprochement d'une certaine intensité. Cette union d'une chose mobilière à une autre chose nous est connue sous le nom d'adjonction, élément essentiel sans lequel il ne peut y avoir constitution du phénomène d'accession. Il est donc nécessaire de l'étudier avec beaucoup d'attention, et cela pour une raison fort simple.

Nous avons noté que tantôt les choses adjointes sont séparables, tantôt elles ne le sont plus. Dans ce dernier cas seulement, il s'opère immédiatement et définitivement un changement de propriété. Si au contraire, les objets unis en un tout sont susceptibles de se diviser, il n'y a pas un transfert définitif de propriété. Les maîtres primitifs ont les uns et les autres l'*actio ad exhibendum* pour effectuer la séparation des objets et reprendre la matière qui leur est due.

Par conséquent, les mutations apportées au droit de propriété par l'accession artificielle peuvent être fort différentes. Précisément, le caractère définitif ou provisoire de l'acquisition est déterminé par la nature et la force de l'adjonction (§ 1) car elles peuvent avoir pour effet de constituer un *corpus ex cohaerentibus* ou *ex contingentibus* (§ 2).

²⁸ Gaius D 41.1.7.1 lib. 2. *Rerum cottidianarum sive aureorum* : "Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adicit, iure gentium nobis acquiritur. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur". Pour plus de précision se reporter à PAMPALONI (M.), "Osservazioni alla teorica dell'avulsio", in *Archivio Giuridico*, 33, 1884, p. 433 et s., PAMPALONI (M.), "Appunti sopra l'acquisto della proprietà per alluvione", in *S.T.*, Senesi, 43, 1929, p. 221 et s., SARGENTI (M.), "Treosservazioni sul regime degli incrementi fluviali", in *S.D.H.I.*, 23, 1957, p. 236 et s., MADDALENA, "Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica", *Pubblicazioni della facoltà giuridica dell' Università di Napoli*, 113, Naples, 1970, p. 20-142 ; MAGANZANI (L.), "Gli incrementi fluviali in fiorentino VI inst. (D 41.1.16)", in *S.D.H.I.*, 1993, p. 207-258.

²⁹ En ce sens SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 130 ; BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 97.

³⁰ Par ailleurs, nous rappelons que l'appartenance de certaines hypothèses d'accession naturelle à une hypothèse d'accession est fortement contestable.

§ 1) Nature et force de l'adjonction : détermination du caractère irrévocable ou pro-visoire de l'acquisition

Il ne s'agit pas de dresser une liste exhaustive des différentes hypothèses d'accession artificielle cataloguées comme ayant un caractère irrévocable ou provisoire. Il suffit d'une part de reconnaître que ces différentes hypothèses existent, et d'autre part, de déterminer les différences que l'on est forcé de constater entre ces deux catégories. Trois situations peuvent s'offrir.

Tout d'abord il y a eu incorporation, absorption irrémédiable, adjonction qu'il est impossible physiquement de faire cesser. Dans ce cas, l'un a perdu sa chose parce qu'elle a cessé d'être ce qu'elle était ; l'autre l'a acquise ou, pour mieux dire, en a bénéficié parce qu'elle est devenue partie intégrante de la sienne. Le propriétaire du principal s'est enrichi de l'accessoire ; il ne reste plus qu'à régler les droits pour l'indemnité. Ainsi, Bechmann estime que l'accession a un caractère définitif lorsque les choses jointes sont indissolubles³¹. C'est ce qui arrive pour le papier et l'écriture³², la tablette et la peinture³³, ou enfin la teinture avec la laine³⁴. Cependant, dans la plupart des hypothèses d'accession définitive, les choses unies sont séparables. Cela nous amène à la deuxième situation.

Dans ces cas, il est possible de faire cesser physiquement l'adjonction qui s'est opérée mais l'opération s'avère délicate à cause de la force de la cohésion. En conséquence, les raisons d'intérêt général (que nous évoquerons ultérieurement) s'y opposent ; raisons dont l'objectif est de ne pas exagérer le droit de propriété jusqu'à faire détruire, au grand détriment de l'un et au faible avantage de l'autre, un objet nouveau. Tel est le cas lorsqu'un arbre ayant été planté sur le terrain d'autrui y a poussé des racines. Cet arbre, en se nourrissant dans le nouveau fonds, se développe et devient une autre chose (cette règle est valable pour toutes les formes de plantations)³⁵. Il en est également ainsi pour le bras non simplement soudé mais forgé à une statue³⁶. Dans ces cas encore le propriétaire de l'objet principal devient définitivement propriétaire de l'ensemble, sauf règlement de l'indemnité.

³¹ BECHMANN (A.), *Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten*, Kiel, 1867.

³² I 2.1.33 : "*Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea quae inaedificantur aut seruntur : ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse iudicaris...*".

³³ I 2.1.34 : "*Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere : aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere : ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii, in accessionem vilissimae tabulae cedere...*".

³⁴ Paul D 41.1.26.3 lib. 14. ad Sabinum : "*Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset*".

³⁶ Paul D 6.1.23.5 lib. 21. ad Edictum.

Ainsi Wächter³⁷ corrige l'idée précédemment évoquée en déclarant que l'adjonction n'est pas sépara-ble lorsqu'il y a un risque de destruction ou de détérioration. Plus heureuse selon nous est la pensée de Windscheid³⁸ qui nous est rapportée par le Professeur Sanfilippo³⁹ selon lequel l'accession est définitive lorsque les deux choses unies ne peuvent pas retourner à leur ancien état⁴⁰.

Cela nous amène à la troisième situation : si l'accession se caractérise par une adjonction de faible intensité, le moyen de faire rétablir les choses dans leur premier état étant possible, il doit être fourni à la partie qui a perdu sa chose.

Tel est par exemple le cas de la pierre précieuse enchâssée dans une bague. La propriété renaît⁴¹ par la séparation, quand la chose accessoire reprend son existence distincte qui permet de nouveau de la revendiquer : "*Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest : aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret : sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur*"⁴². Il en est également ainsi d'une roue fixée à un char⁴³, ou d'une planche jointe à une armoire ou à un vaisseau, d'une anse unie à une coupe, d'un ouvrage de relief à un flacon, ou encore de la pourpre d'autrui jointe à un habit, et enfin du bras simplement

³⁵ Gaius D 41.1.7.13 lib. 2. *Rerum cottidianarum sive aureorum* : "Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit : ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit : si modo utroque casu radices egerit : antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. His conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem : rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est". En ce sens également Gaius au D 41.1.9.pr. lib.2. *Rerum cottidianarum sive aureorum* et I G 2.74 et 2.75 ainsi que I 2.1.31. Pour plus de précision sur cette question se reporter à MEINCKE (J.P.), "Superficies solo cedit", in Z.S.S., 88, 1971, p. 136 et s., KNÜTEL (R.), "Arbres errants, îles flottantes, et animaux fugitifs et trésors enfouis", in R.H.D., 1998, p. 187-214.

³⁷ WÄCHTER, *Pandekten*, 2, Leipzig, 1881, § 133. En ce sens également SCHMIDLIN (B.) et CANNATA (C.), *Droit Privé Romain*, T. 1, Sources-Famille-Biens, Paris, 1984, p. 203.

³⁸ WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 9ème éd., Francfort, 1906, p. 710.

³⁹ SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 131.

⁴⁰ Dans toutes les hypothèses où l'adjonction est temporaire, l'objet, une fois séparé, retrouve son individualité et sa fonction d'origine, ce qui n'est pas le cas lorsque l'accession est irrévocable. Une roue, une planche en bois ou une pierre précieuse retrouvent leur individualité primitive dès qu'elles sont séparées du char, de l'édifice ou de l'anneau. Au contraire de la peinture, de l'encre ou de la teinture qui, une fois utilisées, ne peuvent pas retrouver leur ancien état.

⁴¹ Ou reprend toute sa plénitude.

⁴² Paul D 10.4.6 lib. 14. *ad Sabinum*.

⁴³ Ulpien D 10.4.7.1 lib. 24. *ad Edictum* : "Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas".

soudé à une statue ⁴⁴ .

Dans tous ces cas, le droit de propriété du propriétaire de l'objet incorporé reprend toute sa plénitude sur la chose si elle revient à son état primitif, à moins qu'il y ait renoncé par suite de ses arrangements. Dans tous les cas aussi, celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui, doit indemnité.

§ 2) Effets de l'adjonction : création d'un *corpus ex cohaerentibus* ou *ex contingentibus*

L'adjonction n'opère un changement de propriété, avons-nous dit, seulement si les choses ne peuvent plus revenir à leur ancien état. Mais comment arriver à le savoir ? Pour répondre à cette importante question, il est nécessaire d'examiner un texte de Pomponius relatif à la tripartition des choses ⁴⁵ :

Pomponius D 41.3.30.pr. *lib. 30. ad Sabinum* : "*Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece (unitum) vocatur, ut homo tignum lapis et similia : alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod (coniunctum) vocatur, ut aedificium navis armarium : tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex...*" ⁴⁶ .

La distinction exposée dans ce passage est issue d'une conception d'origine philosophique ⁴⁷ devenue courante dans l'Antiquité et transposée par les juristes romains. Elle permet de structurer le régime juridique des choses composées et des choses simples, en différenciant les parties composantes selon l'intensité de la cohésion qui les lie à l'intérieur de la chose même ⁴⁸ .

Cet enseignement de Pomponius semble parfaitement conforme à notre démonstration : les différences que l'on est forcé de constater entre accession défini-

⁴⁴ Ulpien D 10.4.7.2 *lib. 24. ad Edictum* : "*Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris*".

⁴⁵ A notre connaissance, les seuls auteurs qui se sont penchés sur la question sont les suivants : GÖPPERT (O.), *Ueber die einheitliche Zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischen Recht*, Halle, 1871 ; PEROZZI (S.), "Sul possesso di parti di cosa", in *Studi giuridici et storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Rome, 1888, p. 241-317 ; SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907, p. 111 et s.

⁴⁶ Il y a trois genres de choses corporelles : l'un est contenu en une unité par une force de cohésion appelée (en grec) "henomenon", comme l'homme, le bois, la pierre et d'autres choses semblables. L'autre genre consiste en éléments qui se touchent, c'est-à-dire en plusieurs choses qui se rattachent l'une à l'autre, que l'on nomme (en grec) "synemmenon", comme par exemple un édifice, un bateau, une armoire. Le troisième genre consiste en éléments distants les uns des autres, non pas dissous en un tout, mais englobés sous un nom générique, comme par exemple une légion, un peuple, un troupeau.

⁴⁷ La tripartition des choses est issue des doctrines philosophiques grecques et plus précisément Stoïciennes. Cela ressort très nettement des textes suivants : Plut., *Praec. coniug.*, 34 ; Sextus Empiricus, *Adv. math.*, 7, 102, 9, 78 ; Seneca, *Natur. quaest.*, 2, 2 ; *Epist. ad Luc.*, 102, 6 ; Achilles Tatius, *Isagoge in phaenomena Avati*, c. 14.

ou provisoire trouvent leur origine dans les conséquences de l'adjonction. Pour adopter le langage de Pomponius, l'union peut avoir pour effet de créer un *corpus ex cohaerentibus* ou *ex contingentibus*. Dans toutes les hypothèses où l'accession a un caractère temporaire, on constate que l'adjonction constitue une chose composée. La condition requise constante est que la chose accessoire soit unie à la chose principale de façon à en devenir un élément constitutif. Au contraire, lorsque l'accession est définitive, l'adjonction a pour effet de constituer une chose simple. Voyons comment distinguer ces deux types de corps.

Les auteurs nous proposent plusieurs définitions dont la plus commune est la suivante : les choses simples constituent ce que certains appellent une unité naturelle⁴⁹ ; il s'agit d'un corps qui forme un tout homogène. Tout est retenu par une même force de cohésion qui confère à la chose son unité substantielle, "*corpora quae continentur uno spiritu*" nous dit Pomponius. Ce dernier, en faisant référence aux choses simples, nous donne comme exemple l'homme, le bois, la pierre et d'autres choses semblables. Les produits naturels sont tous des corps simples, "*nihil enim nascitur sine unitate*" dit Sénèque⁵⁰. Ainsi, d'après les exemples qui nous sont donnés, les unités naturelles sont celles qui émanent de la nature : une plante, un animal, sont des choses simples. De cette façon, les choses composées résultent de l'union artificielle de plusieurs choses, lesquelles prises séparément, constituent une unité naturelle.

Néanmoins cette idée est fautive. Nous avons noté que les créations de l'homme, c'est-à-dire les différentes hypothèses d'accession artificielle, peuvent donner lieu à la formation de corps simples lorsque les différents éléments réunis par l'adjonction apparaissent comme étant retenus par une même force de cohésion. Il en est ainsi pour une statue, un tableau ou une brique qui sont des créations de l'industrie et de l'art ; "*tota statua, uno spiritu continetur*" nous dit Paul pour le cas de la *ferruminatio* d'un bras. Le vin est un corps simple ainsi que le vin coupé. Les romains considéraient également comme chose simple ce mélange spécial de miel et de vin, le *mulsum*, dont ils faisaient usage⁵¹.

Ainsi, Vangerow⁵² nous rapporte une autre définition : les choses simples peuvent résulter d'une adjonction organique c'est-à-dire d'une union chimique de plusieurs choses, comme par exemple l'union de la tablette et de la peinture (I 2.1.34). Les choses

⁴⁸ Notons que Pomponius nous donne la définition d'un troisième type de corps qui n'intéresse pas directement notre sujet (nous aurons cependant à y revenir). Nous ne pouvons donc pas nous étendre sur cette question ; retenons simplement ceci : les choses collectives (*universitas rerum distantium*) sont composées de plusieurs choses restées indépendantes, qui sont constituées en unité seulement par leur destination commune, comme par exemple une légion ou un troupeau.

⁴⁹ WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 9ème éd., Francfort, 1906, § 138 ; ou plus récemment BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La propriété, Part. 1, Milan, 1966, p. 124 ; SCHMIDLIN (B.) et CANNATA (C.), *Droit Privé Romain*, T. 1, Sources-Famille-Biens, Paris, 1984, p. 127-128.

⁵⁰ Seneca, *Nat. quaest.*, 2, 4, 2.

⁵¹ Gaius D 41.1.7.7 *lib. 2. Rerum cottidianarum*.

⁵² VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 1, 7ème éd., Leipzig, 1863, p. 106.

composées résultent quant à elles d'une adjonction mécanique de plusieurs choses simples⁵³. Il s'agit d'une union physique de plusieurs corps qui a pour effet de créer un objet nouveau, comme une armoire, un navire, une construction⁵⁴.

Pour illustrer nos propos, nous pouvons examiner une hypothèse très intéressante présentée notamment par un texte de Paul mentionné au D 6.1.23.5. Dans le cadre de l'accession mobilière artificielle, les adjonctions d'objets métalliques, en bois ou en marbre, tiennent une position éminente. Cette adjonction correspond généralement à une union mécanique visible. Le résultat est donc une chose composée (navire, ornement artistique encastré...). Aussi, dans ces hypothèses, l'acquisition est résoluble et on peut intenter l'*actio ad exhibendum*. Cependant, dans le cadre des adjonctions métalliques, il existe une *spece* spéciale. La séparation est admise dans le cas où un bras est soudé à une statue avec du plomb, *ad plumbatum*, et refusée si la soudure est faite au moyen du même métal que la statue.

La *ferruminatio* est souvent mise en opposition avec la *plumbatio* qui se traduit par la création d'un corps composé, mais en réalité elle s'oppose avec toutes les autres catégories d'adjonction (clouage, collage, incrustage...) qui ne semblent pas rentrer dans le cadre de la *plumbatio* ou *plumbatura*. Son caractère spécifique d'acquisition de propriété est reconnu par Cassius Longinus, mais aussi par d'autres jurisconsultes d'école Sabinienne⁵⁵ :

Paul D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad edictum* : "*Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur : scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuariae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi*

⁵³ Ce critère de distinction est largement illustré par GÖPPERT (O.), *Ueber die einheitliche Zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischem Recht*, Halle, 1871, p. 41, 44, 73, 81, 90-101. Bonfante, quant à lui, met en avant une théorie qui ne nous semble pas dénuée d'intérêt. Il s'agit du critère économique-social (BONFANTE (P.), *Corso di diritto romano*, vol. 2, la proprietà, part. 1, reimp., Milan 1966, p. 126 et 127.) : "*Il vero è che i criteri naturalistici della chimica e della fisica non debbono essere mescolati nel ragionamento giuridico : e tanto meno debbono quanto più hanno carattere scientifico. E quantunque sembri che precisamente i Romani stessi ci mettano su questa strada, perché essi invocano appunto la fisica degli stoici, tuttavia è evidente che i Romani si illudono di operare con concetti economico-sociali. E operano bene : praticamente anche al giorno d'oggi, malgrado i progressi della scienza, il giureconsulto deve prescindere dagli assiomi o dalle ipotesi della fisica, e tener presenti soltanto le funzioni economico-sociali degli elementi naturali. Volendo stabilire in concreto quali siano i corpi che hanno un solo spirito, il giureconsulto dietro le esigenze della vita, che il diritto deve regolare e non sacrificare alla filosofia e alla scienza, non può aver l'occhio che alla esteriotà, alle funzioni sociali delle cose. Corpi uniti e continui, cioè corpi semplici, sono quelli in cui esiste tra le varie parti una continuità che nell'opinione comune elimina ogni intervallo... Dove agli occhi ed alla mente la cosa si presenta come un insieme di elementi fusi a unità, si ha cosa semplice, perché tale si stima dagli uomini ; dove invece agli occhi e alla mente la cosa si presenta come un insieme di varie cose congiunte, dove, secondo il linguaggio di Seneca, vi un nexus (gli esempi tipici sono la nave, la casa, l'armadio) o un'acervatio (l'esempio tipico è il frumento), allora non vi è più una cosa semplice". En accord avec lui, MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1947 (6ème éd.), p. 399 : "*En principe, l'union de deux choses appartenant à des propriétaires différents est un mode d'acquisition de la propriété, au profit de l'un d'entre eux, lorsqu'il s'agit d'une union intime ou organique, ayant pour conséquence de constituer par l'union, une chose simple, au point de vue économique et social*".*

⁵⁴ Remarquons sur ce point qu'aux paragraphes 29 et 30 du livre II, titre II, les *Institutes* nous présentent une hypothèse particulière d'accession appelée *inaedificatio*. Il s'agit du fait d'avoir bâti sur son terrain avec les matériaux d'autrui ou une partie des matériaux d'autrui ; il s'agit également du fait d'avoir bâti avec ses matériaux sur le terrain d'un autre. Résumons sommairement ces paragraphes qui nous indiquent la situation qui est faite au propriétaire des matériaux : tant que la maison que j'ai construite subsiste, la loi des XII tables défend au propriétaire des matériaux de les revendiquer ou d'exercer l'action *ad exhibendum*, action par laquelle on peut ordinairement obtenir la séparation de sa chose quand elle se trouve jointe à une autre (Paul D 10.4.6 *lib.* 14. *ad Sabinum*). Mais le propriétaire des matériaux ne peut-il jamais exercer l'action *ad exhibendum* ? La question a fait l'objet de nombreuses divergences d'opinion. Nous n'insistons pas maintenant sur ce point. Retenons simplement que d'une manière générale le pro-priétaire des matériaux ne peut pas exercer l'action *ad exhibendum*. Ainsi, cette assertion est en contradiction avec ce que nous avons annoncé précédemment car, indiscutablement, l'édifice constitue une union mécanique ; par conséquent l'adjonction devrait être dissoluble. Si tel n'est pas le cas, c'est que la loi des XII tables a voulu éviter toute démolition qui aurait diminué considérablement la valeur des matériaux transformés désormais en décombres. Notons cependant qu'un grand nombre d'auteurs prétendent que ce fut décidé en vue d'éviter toute démolition et toute ruine, qui auraient fait de Rome une ville sans coup d'oeil (En ce sens MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 59). Nous ne partageons pas cette opinion, et Ulpien nous en donne d'ailleurs la preuve la plus évidente au D 47.3.1 *lib.* 37. *ad Edictum*, lequel décidait de même à l'égard des échelas d'autrui qu'un propriétaire aurait placé dans ses vignes. Comme on le voit, les *décemvirs* n'ont pas pour simple mobile l'embellissement de la Ville, puisqu'ils protègent aussi les intérêts agricoles. Enfin, en cas de ruine fortuite ou de démolition volontaire, la revendication est donnée au propriétaire des matériaux si toutefois il n'a pas reçu d'indemnité par l'action de *Tignum iunctum* (I 2.1.29 et I 2.1.30 ; Paul D 6.1.23.6 *lib.* 21. *ad Edictum*). D'un côté, le droit du propriétaire des matériaux est en apparence anéanti ; d'immeubles redevenus meubles, ces matériaux sont susceptibles de retourner à leur maître. D'un autre côté, le propriétaire du sol est bien propriétaire de la maison considérée dans son ensemble en vertu du principe *superficie solo cedit* (nous aurons à y revenir). Mais l'édifice détruit et les matériaux redevenus meubles, l'accession redevient dissoluble et peut faire l'objet d'une revendication. Pour plus de précision sur cette question se reporter à HUSCHKE, "*Ad legem XII Tabularum de tigno iuncto commentatio*", in *Iuris collectanea*, 1, Vratislaviae, 1837 ; SCHUMACHER (M.J.), *Ueber tignum und tignum iunctum*, Thèse, Bonn, 1882 ; PAMPALONI (M.), "*Lalegge delle XII tavole de tigno iuncto*", in *Archivio Giuridico*, 30, 1883, p. 254-312 ; HEILBORN, *Tignum iunctum, plantatio und accessio*, Thèse, Breslau, 1907 ; MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) ; MELILLO (G.), *Tignum iunctum*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, Naples, 1964 ; KASER (M.), "*Tignum iunctum*", in *Labeo*, 1966, p. 104-111 ; GUARINO (A.), "*Tignum iunctum*", in *Labeo*, 13, 1967, p. 132 et s., QUADRATO (R.), "*Tignum iunctum ne solvito* (Dalle XII Tavole a Giustiano)", in *A.U.B.A.*, 1967, p. 109 et s., WATSON (A.), "*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*", in *R.I.D.A.*, 21, 1974, p. 337 et s., MUSUMECI (F.), "*VICENDA STORICA DEL TIGNUM IUNCTUM*", in *B.I.R.D.*, 1978, p. 202-265 ; MARRONE (M.), "*Tignum iunctum e inaedificatio*", in *Labeo*, 1979, p. 138-162 ; MUSUMECI (F.), *Inaedificatio*, Milan, 1988 ; APATY (P.), "*Tignum iunctum*", in *I.U.R.A.*, 42, 1991, p. 111 et s.

⁵⁵ Les textes relatifs à la *ferruminatio* et à l'*adplumbatio* sont les suivants : Pomponius D 41.1.27 *pr lib.* 30 *ad Sabinum* : "*Quidquid infecto argento alieni argenti addideris, non esse tuum totum argentum fatendum est : at contra si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse et a te recte vindicari*". Ce texte ne fait pas la distinction entre la *ferruminatio* et l'*adplumbatio*. Il fait également abstraction du caractère définitif ou provisoire de l'accession, ainsi que de l'action *ad exhibendum* pour obtenir la séparation dans le cadre de l'accession mécanique (*plumbatio*). Pomponius D 41.1.27.2. *lib.* 30. *ad Sabinum* : "*Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. Sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere*". Ulpianus D 47.12.2. *lib.* 18. *ad edictum praetoris* : "*Si sepulchrum quis diruit, cessat Aquilia : quod vi tamen aut clam agendum erit : et ita de statua de monumento evolsa Celsus scribit. Idem quaerit, si neque adplumbata fuit neque adfixa, an pars monumenti effecta sit an vero maneat in bonis nostris : et Celsus scribit sic esse monumenti ut ossuaria et ideo quod vi aut clam interdicto locum fore*". Ulpian D 19.1.17.8. *lib.* 32. *ad edictum* : "*Castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata (aut quae terra continentur quamvis non sint adfixa) aedium esse constat*".

inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit".

Même si la nature de l'*adplumbatio* et de la *ferruminatio* ne résulte pas clairement de ce texte, on peut dégager les définitions suivantes : la *ferruminatio* serait l'adjonction de deux pièces métalliques⁵⁶ sans interposition d'un métal étranger, en les amollissant par le feu ou en les battant ensemble, de manière à en faire un objet unique. Pour l'*adplumbatio*, les deux pièces métalliques sont soudées l'une à l'autre par l'intermédiaire d'un métal étranger⁵⁷.

Notons que cela est parfaitement conforme à ce que nous avons expliqué précédemment. Pour l'*adplumbatio*, l'accession est temporaire parce que les deux choses sont unies par l'intermédiaire d'une matière nouvelle (selon Talamanca⁵⁸ du plomb ou de l'étain) ce qui donne lieu à un joint visible. L'adjonction constitue une chose composée, et les deux choses unies peuvent retourner à leur ancien état. Cela n'est pas le cas pour la *ferruminatio* car le bras et la statue sont en quelque sorte forgés ; il y a adjonction organique, car il y a une transfusion de molécules entre les deux bouts soudés⁵⁹. La séparation n'est donc pas autorisée car la chose ne peut pas retourner exactement à son premier état⁶⁰. Aussi, seulement dans l'hypothèse de la *ferruminatio*, l'accession est définitive quand bien même le bras soudé viendrait à être arraché⁶¹.

Remarquons enfin qu'il existe une autre hypothèse assez curieuse et qui semble paraître, à première vue, en contradiction avec notre démonstration. Aux exemples

⁵⁶ Notons que selon certains textes littéraires, il semble que *ferruminatio* ne signifie pas nécessairement union entre deux pièces métalliques. Par exemple Plaute parle de manière facétieuse de lèvres d'amants "*ferruminate*", c'est-à-dire solidement collées par le baisé, Plaut., *Mil. glor.*, v. 1334 et s.

⁵⁷ Pour plus d'information sur ces deux notions se reporter à GÖPPERT (O.), *Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten*, Breslau, 1869 ; PAMPALONI (M.), "Sopra il significato delle parole *ferruminare* e *adplumbare* nelle pandette", in *Archivio Giuridico*, 23, 1879, p. 223-299 ; BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 107-111.

⁵⁸ Pour TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 417 : "*Dal punto di vista tecnologico, è discussa la differenza fra queste due tecniche. Mentre non sappiamo molto della ferruminatio, nell'adplumbatio le cose venivano unite mediante l'interposizione di un materiale diverso, il piombo o, più frequentemente, lo stagno (plumbum album), cio che dava luogo ad una giuntura visibile*".

⁵⁹ En ce sens SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1964, p. 131.

⁶⁰ En ce sens BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 242-243 : "*Probabilmente si considera ferruminatio quella saldatura che determina congiunzione così organica che la separazione non possa attuarsi in modo che le cose ritornino esattamente al pristino stato*". Pour LONGO (G.), *Corso di diritto romano*, 1, diritti reali, Rome, 1962, p. 219 et 220, il s'agit d'un corps simple car on ne peut distinguer les différentes parties qui constituent l'ensemble.

⁶¹ En effet, l'accident qui romprait ce bras ne lui rendrait pas son individualité primitive ; ce ne serait pas la séparation de deux objets assemblés, ce serait la fracture d'un objet unique.

d'adjonction dissoluble comme la roue adaptée au char ("*si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum*", D 10.4.7.1), ou la statue sur laquelle on ajoute un bras par *plumbatura*, il convient très certainement d'ajouter celui de la pourpre d'autrui tissée sur son vêtement (la *textura*), exemple qui nous est rapporté par les *Institutes* de Justinien, car indubitablement il s'agit d'une union mécanique : "*Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento : et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et conductionem, sive ipse est qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt*"

62 .

Par conséquent, le propriétaire du fil de pourpre devrait pouvoir utiliser l'*actio ad exhibendum* afin de faire séparer l'accessoire du principal pour ensuite le revendiquer. Selon nous, par les mots "... *accessionis vice cedit vestimento*", il ne fait aucun doute que Justinien n'a pas voulu exprimer autre chose que ce qui nous est rapporté par Paul au D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad edictum* : "*Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur*".

Or, il est étrange que nulle part il ne soit fait mention de cette action. Il est encore plus étrange qu'à cette omission s'ajoute la possibilité d'intenter les actions qui naissent du vol (l'*actio furti* et de la *condictio furtiva*) qui sont normalement dévolues aux hypothèses d'accession indissoluble ou de

spécification ⁶³ . Ainsi, si l'hypothèse de la *textura* correspond à une hypothèse d'accession dissoluble (car il n'y a pas d'adjonction organique), le texte qui s'y rapporte fait davantage référence à une hypothèse d'accession indissoluble. Pourquoi cette décision et comment la justifier ?

Pour répondre à cette importante question il est nécessaire de resituer le passage des *Institutes* de Justinien dans son contexte :

1) En confrontant IG II.79 avec I 2.1.25 et 26, on constate que les compilateurs rapportent les mêmes cas de spécification allégués par Gaius, et entre ces hypothèses, celle du vêtement fait avec la laine d'autrui. "*Item si ex lana mea vestimentum feceris*" ⁶⁴ nous dit Gaius à cet égard ; ainsi que les compilateurs : "*vel ex aliena lana vestimentum fecerit*" ⁶⁵ .

⁶² I 2.1.26.

⁶⁴ IG II.79 : "*In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis nauem aut armarium aut subsellium fabricaveris ; item si ex lana vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsam feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est et cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est ; sed eum quoque cuius materia et substantia fuit furti adversus eum qui subripuerit habere actionem ; nec minus adversus eundem conductionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt*".

En continuant à s'inspirer du texte de Gaius, les compilateurs finissent par mentionner la contro-verse entre Sabinien et Proculien. Puis ils intro-duisent l'exposition de la fameuse *media sententia* dont Gaius ne parle pas dans ses *Institutes*⁶⁶. Si un ouvrage peut retourner à son premier état, il appartient au maître de la matière, autrement il doit appartenir au maître de l'ouvrage.

A ce stade, ils introduisent encore deux passages qui ne figurent pas dans les *Institutes* de Gaius : il s'agit d'une part de l'hypothèse du vêtement fait en partie avec sa propre laine et en partie avec la laine d'autrui⁶⁷, et d'autre part de l'hypothèse qui nous

⁶³ La spécification est l'opération qui a pour but de confectionner un objet nouveau avec des éléments qui ne nous appartiennent pas. Remarquons tout d'abord que le mot n'est pas tiré des *Institutes*, ni de quelques monuments des jurisconsultes, mais des interprètes. Il fallait bien désigner cette opération par une expression pour éviter toute confusion. Il résulte du texte de Gaius D 41.1.7.7 *lib. 2. Rerum cottidianarum* : "*Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit...*" que la spécification devait être faite pour nous "*nostro nomine*". Que s'il en était autrement, l'opération bénéficierait à celui au nom ou à l'intention duquel elle était faite. Pour plus d'information sur la spécification se reporter à MEYKOW, "Die Lehre des römischen Rechts vom Eigentumserwerb durch Specification", in *Osenbruggens Dorpater juristischen Studien*, Dorpat, 1849 ; SULZER (A.), *Der Eigenthuserwerb durch Specification*, Zürich, 1883 ; PEROZZI (S.), "*Materia e species*", in *B.I.D.R.*, 3, 1890, p. 212 et s., FERRINI (C.), "Appunti sulla dottrina della specificazione", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 3, 1890, p. 212 et s., FERRINI (C.), "*Materia e species*", in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, 24, 1891 ; GIANNANTONI, "Unrapido sguardo alla teoria della specificazione nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano", Perugia, 1894, p. 160 et s., SCHULZ (F.), *Die Lehre von der Spezifikation*, Greifswald, 1901 ; STORZ, *Beiträge zur Spezifikationslehre des römischen Rechts und des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1903 ; SCHULZ (F.), "Fr. 63 D. 41,1 zur Lehre vom Schatzerwerb", in *Z.S.S.*, 35, 1914, p. 94 et s., DE MARTINO (F.), "*Navis, eadem navis, specificatio*", in *Riv. Dir. Navig.*, 3, 1937, p. 178 et s., MOZZILLO (A.), "Note in tema di specificazione", in *scritti giuridici per il centenario della casa editrice jovene*, Naples, 1954 p. 711-733 ; WIEACKER (F.), "Specification, Schulprobleme und Sachprobleme", in *Festschrift für E. Rabel*, 2, Tübingen, 1954, p. 263 et s., ALBANESE (B.), "Esegesi minime in tema di specificazione", in *Labeo*, 1, 1955, p. 166 et s., MAYER-MALY (T.), "Spezifikation : Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut", in *Z.S.S.*, 73, 1956, p. 120 et s., COHEN (B.), "*Specificatio in Jewish and Roman Law*", in *R.I.D.A.*, 1958 p. 225 et s., SANTALUCIA (B.), "Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede", in *B.I.D.R.*, 1969, p. 89-138 ; BALZARINI (M.), "Specificazione" in *N.N.D.I.*, 17, 1970, p. 1084-1087 ; STOOP (B.C.), "*Non solet locatio dominium mutare. Some remarks on Specificatio in classical Roman law*", in *T.R.*, 66, 1998, p. 3-24.

⁶⁵ I 2.1.25 : "*cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit : ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit : ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. quodsi partim ex sua materia. Partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit : cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit*".

⁶⁷ Lorsque l'union de deux choses est accompagnée de spécification, l'ouvrage appartient à celui qui l'a fait. En conséquence, ces hypothèses ne sont régies ni par l'accession, ni par la confusion, mais par la spécification (I 2.1.25).

préoccupe, relative à la pourpre d'autrui tissée sur son vêtement. Nous passons ainsi, successivement, de l'étude de la spécification à l'étude d'une hypo-thèse d'accession⁶⁸. Les compilateurs ont vraisemblablement inséré cette dernière afin de relever la diversité entre ces deux principes juridiques.

Or, nous pouvons déjà remarquer (et ceci est important) que si dans l'hypothèse de la spécification, la *species* ne peut pas retourner dans son premier état, elle est acquise définitivement par le fabricant "...et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuera, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit...". Pour l'accession, la solution est comme nous l'avons longuement évoquée, quelque peu différente. Il convient de distinguer si l'adjonction est organique ou simplement mécanique. Si l'union est organique, la propriété de la chose accessoire est définitivement éteinte. Mais lorsque l'union est mécanique, comme pour la pourpre tissée sur le vêtement d'autrui, la propriété portant sur la chose accessoire n'est que paralysée. Son propriétaire peut en demander la séparation par le biais de l'*actio ad exhibendum* pour ensuite la revendiquer.

2) Après avoir inséré les quelques dispositions relatives à l'accession, les compilateurs reprennent le texte de Gaius : "*Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem : nec minus adversus eundem conditionem ei competere*". Gaius expose ici la théorie Proculienne selon laquelle le voleur qui spécifie la chose volée en devient bien propriétaire, mais il s'expose à l'*actio furti* et la *condictio furtiva*. Puis il termine par : "...quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt". Il nous explique que ces actions sont possibles parce que la chose est *res extinctae*, et cela parce qu'en

⁶⁶ Se reporter à ALBANESE (B.), "Esegesi minime in tema di specificazione", in *Labeo*, 1, 1955, p. 166 et s., BEHRENDT (O.), "Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sententia* in der geschichte der römischen Jurisprudenz", in *Z.S.S.*, 112, 1995, p. 195-238 ; OSUCHOWSKI (W.), "*Media sententia*", dans *Pamiętnik historyczno-prawny*, Recueil d'histoire de droit, 10, Lwow, 1930. D'après OSUCHOWSKI (W.), "Des études sur les modes d'acquisition de la propriété en droit romain - Recherche sur l'auteur de la théorie éclectique en matière de spécification", in *studi Arangio-Ruiz*, 3, Naples, 1953, p. 37-50 : "Lorsqu'on confronte D 41.1.7.7. lib. 2. *Rerum cottidianarum* et IG 2.79, il ressort que l'argument relatif à l'opinion intermédiaire, autrement dite théorie éclectique, qui résout la question de la propriété en matière de spécification n'appartient pas à Gaius". De même, "il est hors de doute que ni Justinien ni les compilateurs de la Codification n'en sont les auteurs" (que la théorie éclectique ne puisse pas être l'invention des compilateurs cfr. les arguments chez BONFANTE (P.), "*Corso diritto romano*" Volume II, La propriété, Partie II, Giuffrè editore, Milan 1966 p 161). Selon Mr OSUCHOWSKI il faut chercher l'auteur parmi les juristes de l'époque classique, de Labéon à Ulpien et Paul. Selon lui, la *media sententia* a dû faire son apparition postérieurement aux Sabinien et aux Proculien "*puisque'elle est issue de la jonction de ces deux opinions contradictoires pour en former une troisième, l'éclectique*". Il conclut finalement que Paul, le premier, s'est efforcé "*de mettre d'accord les deux thèses contraires des Proculien et des Sabinien*", et qu'"Ulpien a essayé également d'établir, selon la thèse éclectique, un compromis dans la solution du problème de la propriété en cas de spécification, mais la sentence définitive a été donnée par Paul" (Cfr D 41.1.26 lib. 14. ad Sabinum).

⁶⁸ Vraisemblablement, les compilateurs ont voulu ici mettre en relief la différence entre la spécification, la confusion accompagnée de spécification, et l'accession. Dans les deux dernières hypothèses il y a rapprochement de deux choses, mais seulement dans l'hypothèse de la confusion accompagnée de spécification il y a création d'une *nova species*.

cas de spécification, les choses ont perdu leur autonomie pro-pre⁶⁹, et bien qu'elles ne puissent pas être revendi-quées, elles peuvent être demandées au voleur ou tout autre possesseur. Cette dernière phrase s'adapte par-faitement au discours de Gaius relatif à la spéci-fication⁷⁰.

Les compilateurs reprennent quasiment mot pour mot ce texte et l'insèrent aux *Institutes* à propos de la *textura* : “*et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit habet furti actionem et condic-tionem*”. L'ancien maître du noeud de pourpre aura contre celui qui l'a pris, l'action pénale du vol et la condiction furtive. Puis ils poursuivent : “*...nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt*”⁷¹.

Il arrive ici un fait très singulier : les compilateurs sont encore sous l'influence du raison-nement de Gaius relatif à la spécification qu'ils convertissent à notre hypothèse d'accession.

A partir de ces éléments, est-il raisonnable de déduire des *Institutes* de Justinien que les dispositions énoncées par Gaius s'appliquent aussi à la pourpre tissée sur le vêtement d'autrui ? Si nous répondons affirmativement, il faudrait en déduire que la *textura* est une hypothèse d'accession définitive, malgré le caractère mécanique de l'adjonction. Aussi, il conviendrait de revoir l'ensemble de notre raison-nement.

Nous pensons cependant que les compilateurs n'ont pas réfléchi à la difficulté à laquelle ils allaient être confrontés. L'hypothèse de la *textura* ne fait pas référence à une hypothèse d'accession indissoluble ; le noeud de pourpre n'est pas *res exinctae*, il peut revenir à son premier état, reprendre sa propre autonomie. Le propriétaire de l'accessoire doit donc être en mesure d'intenter l'*actio ad exhiben-dum, ut separentur et tunc vindicentur*. L'existence de la maxime *extinctae res* et le refus de la revendication pourraient nous faire croire que l'accessoire, et spé-cialement la pourpre dont il s'agit ici, n'appartient plus à son premier maître. Mais il est évident que toute cette phrase, écrite par Gaius pour un cas tout différent, c'est-à-dire pour la spécification des matières qui ne reprendront jamais leur ancienne forme, cette phrase disons-nous, est transposée par Justinien, qui en la déplaçant, en dénature le sens. La pourpre est si peu *res extincta* qu'on peut la revendiquer dès qu'elle n'est plus adhérente à l'étoffe d'autrui, et que pour la faire détacher, son maître obtient l'*actio ad exhibendum*.

Par ailleurs, pour conforter cette position, nous pouvons citer un texte d'Ulpien qui affirme au D 10.4.7.1 *lib. 24 ad Edictum* : “*Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non pos-sideas*”, et qui poursuit au fragment suivant “*Idem et si armario vel navi tabulam meam vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut braccium statuae coadunaveris*”. La *textura* est donc bien une hypothèse d'accession dissoluble⁷².

⁶⁹ Sauf si les choses peuvent retourner dans leur premier état (I 2.1.25).

⁷⁰ Elle s'adapterait aussi parfaitement s'il s'agissait d'une hypothèse d'accession indissoluble, ce qui n'est pas le cas.

⁷¹ I 2.1.26.

SECTION 2 Nécessité d'une hiérarchie entre les deux biens en cause : établissement de cette hiérarchie sur une base rationnelle

La maxime "*Accessio cedit principali*"⁷² reconnaît que le principal emporte l'accessoire. Le principal, ou bien qui bénéficie des effets de l'accession, se détermine dans cette maxime par cette circonstance qu'un des biens peut ou ne peut pas exister sans l'autre, ou l'emporte sur l'autre parce qu'il se trouve dans un état de supériorité. A partir de ces données, il nous semble opportun de déterminer sur quels principes ce sont basés les jurisconsultes romains pour distinguer l'accessoire du principal, cela en raison de la situation fort différente créée par le droit d'accession pour chacun des deux biens en cause. L'un des biens (le principal) bénéficie de tous les avantages du droit d'accession ; lui seul continue d'exister. L'autre au contraire (le bien accessoire) en subit tous les inconvénients ; il disparaît dans sa réalité juridique, au moins temporairement⁷⁴, s'il ne disparaît pas dans sa réalité matérielle.

Est-il possible de trouver un ou plusieurs dénominateurs communs quant à la définition de ces deux notions ? Peut-on les délimiter avec assez de précision ? Pour un grand nombre d'auteurs la tâche est délicate⁷⁵, mais c'est en présence de ces difficultés que la solution s'est présentée d'elle-même, découlant des principes que nous avons cru devoir commander : d'une part, le rejet du principe d'interprétation matérialiste (§ 1) et d'autre part, l'affectation de l'un au service de l'autre (§ 2).

§ 1) Détermination du bien principal : rejet du principe d'interprétation matérialiste

Le terme accessoire évoque immédiatement l'idée de choses de peu d'importance. Ainsi pour beaucoup, la détermination de l'accessoire et du principal ne souffre d'aucune difficulté. Elle résulte d'une comparaison quantitative entre les deux éléments⁷⁶. A partir de là tout est simple ; le bien qui se trouve dans un état de supériorité matérielle entraîne le bien qui se trouve dans un état d'infériorité. Cette solution est effectivement très simple

⁷² En ce sens ARNO (C.), "*Textura*", in *Mélanges Girard*, 1, Paris, 1912, p. 27 et s.

⁷³ Ulpian D 34.2.19.13 *lib. 20. ad Sabinum*.

⁷⁴ A moins que dans les différentes hypothèses d'accession séparable, la propriété ne soit simplement suspendue.

⁷⁵ D'après PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., vol. 1, Firenze, 1906, p. 143, n° 2 : il est "*impossibile esprimere con una formula l'antitesi tra cosa principale e cosa accessoria per le varietà dei punti di vista. Che secondo le varie cose determinano la prevalenza dell'una sull'altra*". Selon SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933 p. 71 : "*Vi sono a tal proposito molte teorie divergenti ; e si è trovata gran difficoltà nel formulare i concetti*". Enfin, pour BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 103 : "*ascuno di questi concetti potrebbe invocare in suo appoggio il suffragio di qualche testo romano ; ma le varie formulazioni sono quasi fungibili*".

⁷⁶ Cette conception était celle des Sabiniens (voir *supra* à la p. 64 et s.).

; elle est même beaucoup trop simple, et nous verrons qu'elle n'est pas celle de la législation de Justinien. Il serait en effet discutable de se contenter d'une différence de valeur ou de dimension entre deux biens n'ayant entre eux rien de commun pour faire jouer un phénomène d'attraction de l'un par l'autre ⁷⁷. Nous allons essayer de démontrer que le critère quantitatif n'explique pas tout et qu'il doit être complété par d'autres principes.

Pour parvenir à ce résultat il est nécessaire de faire la constatation suivante : la chose accessoire est nécessairement mobilière et la chose principale peut être mobilière ou immobilière. Aussi, en cas de rapprochement d'une chose mobilière et d'une chose immobilière, nous pouvons affirmer de toute évidence que l'immeuble est considéré comme la chose principale et que la chose mobilière suit l'immeuble (**A**). La distinction est plus difficile à établir dans le cadre du rapprochement de deux choses mobilières (**B**).

A) Dans le cadre du rapprochement d'un meuble et d'un immeuble

L'immeuble, disons-nous, est toujours considéré en droit romain comme étant le bien principal. Tout ce qui est construit sur un édifice appartient au propriétaire de ce dernier : *"Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium eius id quod aedificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt : sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset : quod verius est"* ⁷⁸. Il en est ainsi car traditionnellement, l'immeuble se caractérise par sa fixité et sa perpétuité.

Cependant, tous les immeubles ne présentent pas ces qualités de fixité et de perpétuité de façon absolue. Les arbres meurent, les bâtiments peuvent être démolis pour n'être plus qu'un amas de matériaux meubles. En réalité, ce qui ne bouge ni ne meurt jamais, c'est le sol parce qu'il constitue l'écorce terrestre elle-même. Si telle est la nature du sol, on comprend qu'elle le voue au rôle de support, caractéristique de la fonction de principal ⁷⁹. Car le sol occupe dans l'univers juridique une place tout à fait particulière qui en fait le principal par excellence.

Le point est assez remarquable car c'est le seul cas où le principe de l'accession trouve ainsi une formule spécialisée en fonction de la nature des éléments en présence. La vocation du sol à jouer le rôle de principal est attestée par la maxime *"superficie solo cedit"*, et l'on trouve de nombreux textes faisant référence à ce principe : *"Praetera id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficie solo cedit"* ⁸⁰; ou encore *"Cum in suo solo aliquis ex al materia aedificaverit, ipse intelligitur minus aedificii ; quia omne, quod inaedificatur, solo*

⁷⁷ Au contraire pour SCHMIDLIN (B.) et CANNATA (C.), *Droit Privé Romain*, T. 1, Sources-Famille-Biens, Paris, 1984, p. 203 : *"En mesurant l'importance selon ces critères extérieurs, on s'accommode de solutions peu satisfaisantes. La conception romaine, en effet, n'accorde pas suffisamment d'attention à la valeur économique des parties..."*.

⁷⁸ Pomponius D 41.1.28 lib 33. ad Sabinum.

⁷⁹ Celse D 6.1.49 lib. 18 *Digestorum* : *"Solum, partem esse aedium existimo nec alioquin subiacere, uti mare navibus"*.

⁸⁰ IG II.73.

cedit...”, nous dit à cet égard Gaius dans un fragment inséré au Digeste⁸¹ et reproduit textuellement par Justinien dans ses *Institutes*⁸². La même idée se trouve encore reproduite sous une forme presque identique par ces mots “*semper enim superficiem solo cedere*”, dont Ulpien se sert au D 43.17.3.7 *lib. 69. ad Edictum*⁸³. Cette règle, que la superficie cède au sol, était à Rome d'ordre public et on ne pouvait y déroger, même par convention⁸⁴.

En effet, le droit romain n'admet pas que deux propriétés puissent se superposer ; l'une portant sur le sol, l'autre portant sur les édifices ou plantations élevés sur ce sol. Le propriétaire doit, dans ces conditions, être nécessairement propriétaire des constructions qui y sont élevées, et cela parce que la législation romaine considère comme contraire à la nature même des choses qu'un édifice puisse constituer un objet distinct du sol qui le supporte. Cette règle constitue une présomption invincible, placée par sa nature même au-dessus de toute contestation, et dont les conséquences dans la matière qui nous occupe sont fort importantes⁸⁵. Cependant, il faut remarquer qu'il existe en droit romain un droit de superficie qui le rapproche dans la pratique à un droit réel, et dont certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un véritable

droit de propriété⁸⁶.

Chaque fois que nous nous trouvons dans le fait d'union d'un sol à des matériaux ou tout autre objet, le bien principal sera toujours le sol car il est l'élément essentiel sans lequel le droit de propriété ne saurait exister ; toutes les fois qu'un autre bien viendra se joindre au sol, ce dernier l'assimilera. Les constructions doivent leur existence au sol qui les portent et en sont des accessoires⁸⁷ ; de même il existe un rapport d'accessoire à principal entre la terre et les plantes, car les arbres et les semences ne pourraient subsister sans la terre qui les nourrit ; c'est ainsi que lorsque les plantations ont pris racine, elles deviennent l'accessoire du fonds : “*Si alienam plantam in meo solo posuero,*

⁸¹ Gaius D 41.1.7.10 *lib. 2 Rerum cottidianarum*.

⁸² I 2.1.29.

⁸³ Se reporter encore à C 3.32.2.

⁸⁴ Il n'en est pas de même dans notre droit moderne, lequel, écartant tout formalisme, essaie de se fonder sur une interprétation objective des faits. Admettant comme l'un des principes essentiels du droit la liberté des conventions, notre Code Civil reconnaît et sanctionne toute convention, cession ou renonciation intervenue entre le propriétaire et le constructeur. Par exemple, l'article 553 établit une présomption de propriété des constructions au profit du propriétaire du sol. C'est donc admettre qu'un autre que le maître du sol peut être propriétaire des bâtiments, et que ce dernier peut renoncer au bénéfice de l'accession au profit du constructeur. Pour plus de précision sur cette question se reporter à IBLED (C.), *Le droit de superficie. Ses applications et son avenir en droit français*, Toulouse, 1931 ; CARDINAL (J.G.), *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété : étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, 1957.

⁸⁵ Se reporter à BERLIRI, “Obbiezioni al dogma *Superficies solo cedit*”, in *Temi emil.*, 1932, p. 1 et s., WENGER (L.), “*Superficies solo cedit*”, in *Philologus*, 88, 1933, p. 254 et s., MEINCKE (J.P.), “*Superficies solo cedit*”, in *Z.S.S.*, 88, 1971, p. 136 et s.

⁸⁷ IG II.73.

mea erit : ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit : si modo utroque casu radices egerit : antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. His conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem : rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est”⁸⁸.

⁸⁶

Notre étude ne nous permet pas de consacrer de longs commentaires à cette théorie du droit de *superficie* qui a soulevé les plus vives controverses, notamment celle de savoir s'il portait atteinte au principe *superficies solo cedit*. Nous pouvons cependant noter ceci : la superficie est le droit, transmissible par succession et entre vifs, d'user et de jouir d'une construction élevée sur le terrain d'autrui, à la condition de payer une redevance au propriétaire du sol. A l'origine, l'Etat qui louait aux citoyens romains ou aux anciens habitants des villes conquises les maisons qui s'y trouvaient, ne leur reconnaissait qu'un droit purement personnel bien que, selon toute vraisemblance, il leur conféra en fait, sur lesdites maisons, des pouvoirs beaucoup plus étendus que ceux dérivant d'un simple bail. Ces détenteurs devaient donc, lorsqu'ils étaient menacés d'une éviction ou même simplement troublés dans leur jouissance, s'adresser à l'Etat pour lui demander l'exécution rigoureuse de cette obligation que le contrat de bail impose au bailleur, celle de faire jouir le preneur. Puis, le droit civil a fait un premier pas dans une voie plus logique ; il accorda au détenteur du droit de contraindre le propriétaire à lui céder ses actions, ce qui lui permit d'agir contre les tiers. Ce fait nous est formellement attesté par Ulpien D 43.18.1.1 *lib. 70. ad Edictum*, dans les termes suivants : “*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est... Etenim si ipse (dominus soli) eum prohibeat, quod interest, agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere*”. Cette réforme eut un résultat singulier, celui d'investir le superficiaire d'un droit qui, bien qu'identique à un droit réel, n'en continua pas moins à être qualifié de droit personnel. Il est facile de comprendre qu'une pareille réforme dut avoir pour résultat inévitable de jeter de l'incertitude sur la véritable nature de contrat qui conférait contre des redevances la jouissance souvent perpétuelle des maisons du domaine public. Ce contrat était-il réellement un louage ? Telle était la question que l'on devait se poser, comme nous l'atteste Ulpien au D 43.18.1.1 *lib. 70. ad Edictum* : “*incertum erat an locatio existeret*”. Le doute à cet égard ne fit qu'augmenter le jour où l'usage de louer à perpétuité ou à long terme les maisons se fut étendu du domaine public à celui des particuliers et fut devenu l'une des principales manières de jouir des constructions que leurs propriétaires n'habitaient pas eux-mêmes. Une dernière modification était donc nécessaire ; elle fut l'oeuvre du préteur qui, dans le but de mettre un terme à la situation équivoque du superficiaire et de procurer à celui-ci une protection plus efficace que celle résultant d'un simple louage, l'investit d'un droit réel et lui donna une action utile ainsi qu'un interdit spécial. Le superficiaire put dès lors poursuivre directement la répression des troubles apportés par des tiers à sa jouissance, sans avoir besoin, comme auparavant, de recourir au tréfoncier. D'autant plus que le préteur se réserva de lui concéder utilement, suivant les circonstances, toutes les autres actions et tous les interdits qu'il jugerait nécessaire pour la défense et la conservation de son droit. Ajoutons toutefois que la concession de ces nouvelles actions fut soumise à une condition *sine qua non* : il fallait pour qu'elle eût lieu que le droit soit établi, sinon à perpétuité, du moins *non ad modicum tempus*, autrement il ne pouvait pas y avoir droit de superficie, mais un simple droit personnel résultant du louage. Ainsi, en résumé, à partir de la réforme du préteur, le superficiaire se trouva investi d'un droit réel, opposable aussi bien aux tiers qu'au *dominus soli*. Etait-ce un droit de propriété ? Le préteur, par dérogation à la règle “*superficie solo cedit*”, considère-t-il la superficie comme susceptible d'être séparée et d'appartenir à deux propriétaires différents ? La majorité des auteurs pensent que si à Rome la superficie constitue en droit une servitude personnelle, plusieurs de ses effets la rapprochent dans la pratique d'un droit de propriété. Pour plus de précision sur la question se reporter à PUGLIESE (G.), “La superficie nel diritto giustiniano”, in *St. Segrè*, 1943 ; SOLAZZI (S.), “La superficie nel diritto giustiniano”, in *Archivio Giuridico*, 113, 1954 ; MASCHI (C.A.), “Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficaria”, in *Atti VIII Congr. Studi bizan.*, 8, p. 350 et s., PASTORI (F.), *La superficie nel diritto romano*, 1965 ; SITZIA (F.), *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milan, 1979.

⁸⁸

Gaius D 41.1.7.13 *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*.

Le sol est donc toujours le bien principal, non pas en raison de sa valeur (nous savons que le droit romain a fait de l'immeuble et plus particulièrement de la terre l'élément à la base des fortunes), mais en raison de sa nature qui le voue à jouer le rôle de support et qui explique la résistance qu'il oppose à la qualification d'accessoire. Quelle que puisse être l'origine du rapport d'accessoire à principal, le sol a vocation à être principal et non à être accessoire. Le sol préexiste à toutes les autres choses et dure au-delà de leur disparition. On voit donc que la situation privilégiée du sol s'explique sans avoir recours au système de comparaison des valeurs.

B) Dans le cadre du rapprochement de deux meubles

La difficulté est plus grande lorsqu'il s'agit de déterminer le bien principal et le bien accessoire en cas d'union de deux meubles. Remarquons que sur ce point existait une opposition entre les Sabinien et les Proculien⁸⁹. L'école Sabinienne, dans toutes ses décisions, suit un critère d'interprétation matérialiste. Ainsi, pour déterminer laquelle des deux choses est principale, on regarde l'importance matérielle de l'objet : est principale, dit Sabin, la chose qui se présente comme la plus grande, la *maior species*⁹⁰ ; Ou comme le dit Cassius le *maioris partis*⁹¹ ou la *portio* la plus considérable⁹². Paul se conforme aux doctrines rigoureusement Sabinien, et il conçoit également la chose principale comme celle qui a la prédominance matérielle ; cela se perçoit à travers la justification que Paul nous donne selon laquelle la peinture accède à la table, car dit-il, elle cède à la chose sans laquelle elle ne pourrait exister : "*sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*"⁹³.

Les Proculien, quant à eux, s'attachent davantage à la fonction économique et sociale de la chose, la *qualitas*⁹⁴. Cela ressort très nettement de la définition qui nous est

⁸⁹ En ce sens LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984 p. 43 : "*Ricordiamo, anzi, che anche in tema di congiunzione si accese una disputa in seno alla giurisprudenza classica, e che anche stavolta le due sectae si schierarono su posizioni contrapposte : i Sabiniani, più tradizionalisti e materialisti, ritennero che la cosa principale fosse la maior species, ossia la cosa di maggiore grandezza o volume ; mentre i Proculiani più aperti a nuove visioni, consideravano principale la cosa che nella unione conserva la sua primitiva qualitas e la imprime al tutto risultante della congiunzione*". En ce sens également SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 131-132 : "*I Sabiniani, più tradizionalisti e materialisti, consideravano principale la cosa di maggiore entità nel senso materiale, cioè la cosa di maggior grandezza o volume, insomma la maior specie. Al contrario i Proculiani, più aperti a nuove visioni, consideravano principale la cosa che nella unione conserva la sua primitiva qualitas e la imprime al tutto risultante della congiunzione*". Dans le même ordre d'idée voir MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1947 (6ème éd.), p. 400.

⁹⁰ Ulpian D 34.2.19.13 *lib. 20. ad Sabinum*.

⁹¹ Paul D 6.1.23.5 *lib. 21. ad Edictum*.

⁹² Pomponius D 41.1.27.2 *lib. 30. ad Sabinum*.

⁹³ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*.

⁹⁴ Pomponius D 41.1.27.2 *lib. 30. ad Sabinum*.

rapportée par Florentin pour qui la relation entre deux choses, qu'elle soit principale ou accessoire, se détermine selon l'usage et la destination de la chose : "*Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudinis patrisfamilias aestimandum est*"⁹⁵.

D'ailleurs, il existe un texte dans lequel les thèses des Proculiens et des Sabinien se trouvent en conflit : "*Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. Sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere*"⁹⁶. Ce texte traite du rapprochement de deux barres de fer ; Sabin et Cassius déterminent la chose principale en fonction du volume ou de la valeur. Proculus et Pegasus maintiennent par contre une copro-priété, car selon leur manière de voir, il n'y a pas moyen de déterminer, sur la base de la fonction sociale, qu'elle est la chose accessoire et qu'elle est la chose principale *neutra alteri accessioni est*⁹⁷.

Ainsi, dans le cadre de l'accession artificielle mobilière, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer, en fonction des usages sociaux, laquelle des deux choses représente la fonction du tout comme deux barres de métal, les Proculiens ne pouvaient pas reconnaître l'acquisition de propriété au profit de l'un ou de l'autre propriétaire des choses jointes. Les Sabinien par contre accordaient le tout au pro-priétaire de l'une d'elles en se référant à un critère purement matérialiste comme la masse ou le volume. A partir de là, ils admettaient l'acquisition définitive ou non dans une série de cas plus large que les Proculiens.

Cependant, cette théorie Sabinienne n'est pas celle de Justinien⁹⁸. Pomponius au D 41.1.27.2 *lib. 30. ad Sabinum*⁹⁹ repousse la théorie Sabinienne et ne tient pas compte du volume ou de la valeur, et le texte de Paul au D 41.1.26.1 *lib. 14. ad Sabinum*¹⁰⁰ (qui nous rapporte la pensée de Proculus) nous parle de *qualitas*. Dans toutes les autres

⁹⁵ Florentin D 34.2.29.1 *lib. 11 Institutionum*.

⁹⁶ Pomponius D 41.1.27.2 *lib. 30. ad Sabinum*.

⁹⁸ Pour Justinien, comme pour les Proculiens, la chose principale est celle qui détermine la fonction économique et sociale de l'ensemble. En ce sens TALAMACA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 418 ; BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 240 ; LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit Français*, Les biens, Paris, P. 77 ; SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 132.

⁹⁹ Paul D 41.1.27.2 *lib. 30. ad Sabinum* : "*Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant, Cassius ait pro portione rei aestimandum vel pro pretio cuiusque partis. Sed si neutra alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut eius, cuius nomine ferruminata est. Sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere*".

¹⁰⁰ Paul D 41.1.26.1 *lib. 14. ad Sabinum* : "*Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset : in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuariae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum : tota enim eius sunt, cuius ante fuerant*".

hypothèses où l'on tient compte du volume ou de la masse, c'est que cela est conforme à la théorie Proculienne. Dans ces hypothèses, l'objet le plus important matériellement a aussi la fonction économique et sociale la plus importante¹⁰¹. La décision de Justinien aux *Institutes*¹⁰² est d'ailleurs caractéristique lorsqu'il considère que la peinture l'emporte sur la toile, en contrariant ainsi la décision formulée par Paul¹⁰³.

Ainsi, la chose principale est celle qui peut exister sans l'autre, "*necesse est ei rei cedit id, quod sine illa esse non potest*"¹⁰⁴, ou plus précisément celle qui constitue le substrat physique et corporel de l'ensemble :

Si j'applique à mon habit la pourpre d'autrui, celle-ci perd son individualité ; la pourpre est l'accessoire de l'habit et m'appartient pour le tout : "*Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit : licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento ; et qui dominus fuit purpurae, adversus eum qui subripuit, habet furti actionem, et condictioem : Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius : nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen à furibus, et quibusque aliis possessoribus possunt*"¹⁰⁵.

Il en va également ainsi pour le bras fixé à la statue : "*si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pendem, dominum eius totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt*"¹⁰⁶, ou encore d'une roue jointe à un char¹⁰⁷.

N'oublions pas qu'en général, le prix ou l'étendue de la chose ne servent pas de base pour déterminer ce qui est principal de ce qui ne l'est pas¹⁰⁸ "...*licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento...*"¹⁰⁹ ; "...*secundum haec sive gemmae sint in aureis vasis sive in auro argentove cedent, quoniam hoc spectamus, quae res cuius rei ornandae causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior...*"¹¹⁰. Cependant, dans un cas, la

¹⁰¹ En ce sens Ulpien D 34.2.19.13 *lib. 20. ad Sabinum* et Paul D 6.1.23.5 *lib. 21. ad Edictum*.

¹⁰² I 2.1.34.

¹⁰³ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*.

¹⁰⁴ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*.

¹⁰⁵ I 2.1.26.

¹⁰⁶ Paul D 6.1.23.2 *lib. 21. ad Edictum*.

¹⁰⁷ Ulpien D 10.4.7.1 *lib. 24. ad Edictum*.

¹⁰⁸ Contrairement au droit positif (articles 568 et 569 du Code Civil).

¹⁰⁹ I 2.1.26.

¹¹⁰ Ulpien D 34.2.19.20 *lib. 20. ad Sabinum*.

chose principale est celle qui a le plus de valeur ou qui est regardée comme tel : “*Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere : aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere : ridiculum est enim picturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere...*”¹¹¹.

§ 2) Détermination du bien accessoire : l'affectation au service du principal

Nous venons de déterminer sur quels principes se sont basés les jurisconsultes romains pour déterminer le bien principal. Cependant, après cette première analyse, nous sommes toujours en droit de nous demander pourquoi l'accessoire vient se joindre au principal ? Si ce n'est pas parce qu'il a une plus faible valeur ou qu'il est matériellement moins important, ce pourrait-il qu'il en soit ainsi parce que tel est son but ? L'accessoire est, en effet, très souvent affecté au service du principal¹¹².

C'est notamment le cas des pierres précieuses enchâssées dans l'or “*Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque. Et ait Sabinus auro argentove cedere : ei enim cedit, cuius maior est species. Quod recte expressit : semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae, fialis, vel lancibus inclusae, auro argento-ve*”¹¹³. D'après Ulpien, quand nous sommes embarrassés pour décider laquelle des deux choses est accessoire, laquelle est principale, nous considérons toujours laquelle de ces deux choses est employée pour orner l'autre, de sorte que cette dernière soit regardée comme la principale.

Il en va également ainsi pour toutes sortes d'équipements destinés à permettre l'utilisation, la commodité d'emploi ou l'apparence extérieure d'un immeuble ou d'un char : lorsqu'une personne joint à son char une roue qui ne lui appartient pas, la roue devient l'accessoire du char : “*Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit), quamvis tunc civiliter non possideas*”¹¹⁴. La solution est identique lorsqu'une personne peint une fresque sur le mur d'autrui ; la peinture devient l'accessoire du mur : “*quae tabulae pictae pro tectorio includuntur itemque crustae marmoreae aedium sunt*”¹¹⁵. D'après ce texte, les tableaux peints qui sont scellés sur le mur et les marbres incrustés, font partie de la maison. Enfin, il est évident que les poutres jointes à l'édifice sont affectées au service de ce dernier ; elles en sont donc les accessoires¹¹⁶ ; de même que les constructions sont affectées au service du sol car elles

¹¹¹ I 2.1.34.

¹¹² En ce sens BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 1, Milan, 1966, p. 166.

¹¹³ Ulpien D 34.2.19.13 lib. 20. ad Sabinum.

¹¹⁴ Ulpien D 10.4.7.1 lib. 24. ad Edictum.

¹¹⁵ Ulpien D 19.1.17.3 lib. 32. ad Edictum.

¹¹⁶ Ulpien D 47.3.1. pr. lib. 37. ad Edictum.

en augmentent la valeur.

On constate que de tels accessoires doivent, pour atteindre leur but, être joints à l'édifice ou au char. En eux-mêmes et pris isolément, ils ne servent à rien. Adaptés à l'édifice ou au char qui jouent ici le rôle de principal, ils en augmentent l'agrément ou en permettent tout simplement le fonctionnement. Sans doute, dans ces exemples, existe-t-il une importante différence de valeur entre le principal et l'accessoire. Mais cette différence n'établit aucun lien entre eux, alors que si l'on considère la destination des accessoires, on voit qu'ils n'ont été créés qu'en vue d'être joints au char ou à l'édifice et que, par là, leur sort se trouve inscrit dans leur nature même. Il ne peut pas y avoir de peinture murale sans mur, et quelle peut être l'utilité d'une roue de char sans char ou d'une charpente sans édifice ?

Il n'est pas question de dresser une liste exhaustive des accessoires catalogués comme tels par la législation de Justinien et dont on peut relever l'affectation au service du principal dans le cadre de l'accession artificielle mobilière ou immobilière. Il suffit de reconnaître que cette situation existe et se rencontre fréquemment.

Ce qu'il faut souligner c'est combien cette affectation réalise exactement la liaison originale caractéristique du rapport d'accessoire à principal. D'abord, c'est bien l'accessoire qui vient s'ajouter au principal pour le compléter¹¹⁷ ou l'agrémenter¹¹⁸, et non l'inverse. Le principal poursuit son propre but qui ne le rapproche pas spécialement de telle ou telle autre chose. Au contraire, la destination assignée à l'accessoire le conduit à se joindre au principal qu'il doit servir. L'accessoire ne peut atteindre son but que s'il s'ajoute au principal. Dans l'adjonction de l'accessoire au principal, ce dernier est passif, il bénéficie seulement de l'apport de l'accessoire.

On s'aperçoit également que le but particulier de l'accessoire n'explique pas seulement l'union entre le principal et l'accessoire, mais la hiérarchie entre eux qu'évoque la formule *accessorium sequitur principale*. Une communauté de buts ou une affectation réciproque pourrait justifier une liaison plus ou moins étroite entre deux éléments. Ici l'affectation est uni-latérale : l'accessoire est au service du principal ; le principal n'est pas destiné à l'amélioration de l'accessoire. La prépondérance du principal par rapport à l'accessoire apparaît au niveau des buts qui leurs sont fixés ; le principal poursuit une certaine fin. C'est ce but qui est essentiel et qu'il importe d'atteindre. C'est pour faciliter la réalisation de cet objectif qu'un accessoire est adjoint au principal. L'ensemble formé par leur réunion vise alors le but qui était déjà celui du principal seul. L'accessoire a donc en définitive la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'indirectement, au travers de celui-ci.

Ainsi, dans notre premier exemple, la bague en or ou en argent sur laquelle est enchâssée une pierre précieuse sert d'agrément esthétique. De cette façon, le but de la pierre précieuse accessoire est sans doute, finalement, l'agrément esthétique. Mais une

¹¹⁷ C'est le cas d'une planche jointe à une armoire ou à un vaisseau, d'une anse à une coupe (cf. Ulpien D 10.4.7.2 *lib.* 24. *ad Edictum*) ou encore d'une roue fixée à un char (cf. Ulpien D 10.4.7.1 *lib.* 24. *ad Edictum*).

¹¹⁸ On peut prendre l'exemple de l'ouvrage en relief joint à un flacon (cf. Ulpien D 10.4.7.2 *lib.* 24. *ad Edictum*) ou encore la pierre précieuse enchâssée sur une bague (cf. Ulpien D 19.1.17.13 *lib.* 32. *ad Edictum*).

pierre précieuse ne peut servir ce but qu'indirectement, grâce à la bague sur laquelle elle est enchâssée. Sa destination directe est d'être enchâssée sur de l'or ou de l'argent afin de l'agrémenter ; elle est donc au service de l'or ou de l'argent. La primauté du principal apparaît évidente au regard des buts poursuivis. Le résultat recherché, seul le principal est capable de l'atteindre. Cependant il l'atteindra plus facilement grâce à l'accessoire. L'accessoire se place donc à un niveau plus humble, car il est au service du principal.

Nous notons d'ailleurs que le mot "acces-soire" est très révélateur. *Accessio* signifie "s'ap-procher", mais il fait aussi référence à la notion "d'augmentation", "d'addition". *Accedere* signifie également "s'approcher" et "s'ajouter à" ¹¹⁹. Il y a là des indications intéressantes. L'accessoire est une chose qui s'ajoute à une autre, et comme on peut ignorer la formule qui relie les deux mots, il est clair que c'est au principal que l'accessoire se joint ainsi. Car aux mots qui expriment le concept, se joint la formule. L'accessoire et le principal sont reliés entre eux par la formule *accessio cedit principale* ¹²⁰ qui souligne l'aspect des choses qu'il convient de considérer. Les notions d'accessoire et de principal ne doivent pas être envisagées isolément. C'est d'un rapport d'acces-soire à principal qu'il s'agit. Et ce rapport ne fait pas naître l'idée d'infériorité mais celle de complémentarité (l'accessoire est au service du principal et le complète), d'autant plus que le terme évoque une perspective dynamique. Alors que le mot "principal" n'indique aucun mouvement ¹²¹, l'accessoire est ce qui "s'approche". C'est lui qui vient s'ajouter au principal. L'opposition entre les deux mots est assez nette. Le principal apparaît comme le point ferme sur lequel se fixe l'accessoire. On voit d'abord une chose immuable, le principal ; puis apparaît une chose nouvelle qui vient s'ajouter à la première : l'accessoire.

Mais à l'idée d'un lien entre les deux éléments s'ajoute celle d'une hiérarchie. L'accessoire n'est qu'un complément, un supplément. Il suit le principal auquel il est joint, il ne peut l'entraîner. Est-ce à dire que l'accessoire doit être quantitativement, matériellement, inférieur au principal ? Les termes d'accessoire et de principal ne suggèrent rien de tel. Envisagée sous cet angle, la distinction entre l'accessoire et le principal ne tient pas à une différence de valeur ou de dimension ¹²², mais à la relation originale unissant les deux éléments, c'est-à-dire l'affectation de l'un au service de l'autre.

¹¹⁹ Se reporter à ERNOUT (A.), et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 3ème éd., Paris, 1967. Le terme *cedere* est également très souvent utilisé, notamment par Gaius. Les exemples sont nombreux IG II.73 : "*superficies solo cedit*"; IG II.77 : "*litterae chartulis sive membranarum cedunt*"; IG II.78 : "*magis enim dicitur tabulam picturae cedere*"; Gaius D 41.1.9. *pr. lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum* : "*plantarum... solo cedunt ; frumenta... solo cedere intelleguntur*"; fragment 1 : "*litterae... chartis membranisque cedunt... solo cedere solent ea quae aedificantur seruntur*" fragment 2 : "*non uti litterae chartis membranisque cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere*". Pour BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 94 : Gaius, "*non ad opera accedere, accessio, bensi il termine generico cedere in forma quasi proverbiale. Ora questo termine non significa congiungersi materialmente, bensi essere idealmente assorbito...*".

¹²⁰ Ulpian D 34.2.19.13 *lib. 20. ad Sabinum*.

¹²¹ Dans "principal" il y a *princeps*, premier. Mais de quel ordre de priorité s'agit-il ? On peut y voir le signe d'une prépondérance qui peut elle-même venir d'une plus grande importance quantitative, comme de tout autre cause de préférence. Il peut aussi être seulement question d'une antériorité dans le temps, le principal précédant chronologiquement l'accessoire. Se reporter à ERNOUT (A.), et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 3ème éd., Paris, 1967.

Ainsi, dans toutes les hypothèses que nous venons d'étudier, une conclusion très claire se dégage : d'une part, dans le cadre du rapprochement d'un immeuble et d'un meuble et dans le cadre du rapprochement de deux meubles, on peut définir le bien principal comme celui des deux biens qui a la fonction économique et sociale la plus importante. D'autre part, le bien accessoire est toujours celui qui est affecté au service du principal¹²³.

CHAPITRE 2 : Domaine d'action : incertitudes sur les limites de l'accession

Faute d'une législation harmonieuse fédérant toutes les hypothèses, nombreux sont les auteurs qui ont discutés de l'appartenance ou de la non appartenance de telle ou telle institution à une hypothèse d'accession. On peut, en effet, émettre de sérieux doutes à propos de la légitimité de plusieurs catégories d'acquisition désignées sous ce terme générique.

¹²² Cela confirme le rejet du critère d'interprétation matérialiste évoqué précédemment.

¹²³ L'opinion de nombreux auteurs est que l'accession est aussi un moyen d'acquérir les produits. Ainsi peut-on dire, dans ces hypothèses, que les accessoires ne sont pas au service du principal. Pour notre part, nous estimons que l'acquisition des produits grâce au droit d'accession est une erreur juridique car le mot accession, d'après son sens étymologique *ad-cedere*, comporte l'idée d'approche, de réunion, d'incorporation. L'acquisition des produits suppose au contraire, dans la plupart de ces cas, une idée de séparation. Tant que les fruits sont encore pendant, ils appartiennent au propriétaire comme partie intégrante de sa chose. Quand ils s'en séparent, il y a plutôt désaccession qu'accession. Nous ne voyons pas qu'il y a là une acquisition de propriété : la propriété qui portait sur l'arbre et les fruits pendant, porte sur l'un et l'autre séparés ; nous ne voyons pas où est l'acquisition. Cette solution a été retenue par notre Code Civil (art 547 à 550 CC) et nous pensons que le droit du propriétaire aux fruits et aux produits de sa chose est qualifié à tort de droit d'accession ; il vaut mieux le désigner à notre avis sous le nom plus exact et plus clair de droit aux produits. Comment justifier juridiquement le droit aux produits ? Le propriétaire de la chose, par suite de sa qualité, est propriétaire de tous les fruits et produits qu'elle donne et ceci en vertu de son seul titre de propriétaire. Reconnaître qu'il a besoin de l'accession pour arriver à la propriété des produits et des fruits, c'est retirer du droit de propriété un de ces éléments, son élément essentiel, sans lequel le droit lui-même n'est plus qu'un vain mot ; c'est refuser au propriétaire le droit de bénéficier, *ipso facto*, des fruits et des produits. Car, le droit aux produits trouve sa justification juridique dans le droit d'user de sa chose que comporte le droit de propriété. La solution est exactement la même pour le petit d'un animal. Tant que le petit est encore dans le ventre de sa mère, il ne fait qu'un avec elle, il n'y a là qu'un droit de propriété et non pas deux ; je suis propriétaire de la mère dans son état actuel. C'est au moment où le petit se détache de la mère qu'il devient l'objet d'une propriété distincte. Ainsi, nous disons qu'un des attributs du droit de propriété est que le propriétaire d'une chose gagne tous les produits de cette chose. Le propriétaire d'une brebis est propriétaire des agneaux, comme le propriétaire d'un arbre gagne la propriété des fruits. En résumé, tous les fruits naturels, tant du règne animal que du règne végétal, sont l'apanage de celui qui les a produits par son fait ou par toute autre cause (IG II.79).

La détermination des conditions requises devrait nous permettre de préciser plus facilement le domaine d'action de l'accession car elle nous a permis d'en dégager certaines caractéristiques. Nous avons déduit de notre premier chapitre que l'accession nécessite l'adjonction de deux choses, et un rapport d'accessoire à principal. Mais où se situe le rapport entre la chose principale et la chose accessoire dans le lit desséché du fleuve et dans l'île émergée ? où est l'adhésion ? Nous sommes convaincus que dans la pensée des jurisconsultes le *ius alluvionum* est une institution particulière et indépendante de l'accession¹²⁴. Cependant, dans la plupart des manuels de droit romain, les accroissements fluviaux sont catalogués parmi les hypothèses d'accession.

La question se pose naturellement pour certaines catégories d'accession artificielle. Les difficultés apparaissent à un double niveau. D'une part, relativement à la *scriptura*, la *pictura*, et la *tinctura*. Il s'agit du délicat problème de la distinction entre *specificatio* et *accessio* (Section 1) ; Et d'autre part, relativement à l'invention des trésors (Section 2).

SECTION 1 Scriptura, pictura¹²⁵ et tinctura

Lorsqu'un parchemin ou un papyrus a servi à écrire un manuscrit, il s'agit de savoir si c'est le parchemin lui-même ou si c'est l'écrit qui se trouve sur celui-ci qui est la chose principale. Le maître, soit des tablettes destinées à recevoir des écritures, soit des parchemins ou des papyrus, acquiert l'écriture qui y est tracée par un autre¹²⁶. Notons que cette solution est parfaitement conforme à notre raisonnement. Les tablettes, le parchemin ou le papyrus, constituent en effet le support sans lequel l'écriture ne peut exister : I 2.1.33 "*Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, acsi solo cedere solent ea quae inaedificantur aut seruntur : ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius, sed tu dominus esse iudicaris...*".

Quant à l'oeuvre du peintre, est-elle l'accessoire de la planche qui la contient ? Selon la logique juridique suivie pour l'écriture ou les autres hypothèses d'accession, elle

¹²⁴ En ce sens SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 68-70.

¹²⁵ KARRAS (H.), *Scriptura und pictura im römischen und bürgerlichen Recht, Ein Beitrag zur Lehre von der Akzession*, Berlin, 1905 ; BORTOLUCCI, "*Tabula picta*", in *Scritti Arno*, 1928, p. 14-22 ; ARNO (C.), "*Sculptura e pictura*", in *Annuario dell'istituto di storia del diritto romano della università di Catania*, 17, 1928, p. 31 et s., NARDI, "*Tabula picta*", in *Archivio Giuridico*, 1, 1939, p. 129-144 ; ALBANESE (B.), "*Esegesi minime in tema di specificazione*", in *Labeo*, 1, 1955, p. 166 et s., MADDALENA, "*Tabula Picta : Ritorna a jhering*", in *Labeo*, 13, 1967 ; KASER (M.), "*Tabula picta*", in *T.R.*, 36, 1968, p. 31 et s., LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984 ; GLYN WATKIN (T.), "*TABULA PICTA : IMAGES AND ICONS*", in *S.D.H.I.*, 1984, p. 383-399 ; MAYER-MALY (T.), "*Nuove ipotesi en tema di TABULA PICTA*", in *Labeo*, 1986, p. 78-82 ; COPPOLA (G.), "*In tema di tabula picta*", in *INDEX*, 16, 1988, p. 401-409.

¹²⁶ On ne met pas en cause bien entendu, dans cette doctrine, la notion de propriété littéraire de l'oeuvre elle-même, il s'agit simplement de l'écriture sur le parchemin.

ne peut être regardée que comme l'accessoire d'une chose sans laquelle elle ne peut exister. Cette opinion fût d'ailleurs défendue par Paul ¹²⁷. Cependant, Justinien sanctionne la doctrine en vertu de laquelle la toile est l'accessoire de la peinture. Ainsi, la règle suivie pour la *pictura* est précisément l'inverse de celle suivie pour la *scriptura*. La décision de Justinien est-elle raisonnable ? Comment la justifier ?

Pour répondre à cette question, il nous paraît essentiel d'analyser les différents débats jurisprudentiels, débats qui émergent avec une grande clarté aux *Institutes* de Justinien à I 2.1.34 : "*Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere : aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere : ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii, in accessionem vilissimae tabulae cedere...*". Lorsqu'on a peint sur la toile d'autrui, certains pensent que la toile est l'accessoire de la peinture ; d'autres pensent que la peinture, quelle qu'elle soit, est l'accessoire de la toile. Justinien estime que le premier sentiment paraît préférable. Ne serait-il pas en effet ridicule, nous dit-il, qu'un ouvrage d'Appelle ou de Parrhasius soit regardé comme l'accessoire d'une toile d'un vil prix ?

Ainsi, parmi les jurisconsultes, certains considèrent la toile comme l'accessoire de la peinture, et d'autres que la peinture est l'accessoire de la toile car ils pensent, nous explique Paul, que la toile est une chose sans laquelle la peinture ne peut exister : "*Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit : licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae : sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*" ¹²⁸.

Il est intéressant de remarquer que les arguments invoqués par les protagonistes ressemblent étrangement à ceux invoqués en matière de spécification ¹²⁹. Il s'agit d'un des nombreux contrastes doctrinaux entre l'école des Sabinien et l'école des Proculien. Ces deux courants s'alignent respectivement, l'un en défense du *dominium* du propriétaire des matériaux spécifiques, l'autre en faveur de l'acquisition d'un nouveau droit de propriété par le spécificateur que l'on considère comme étant le créateur d'une chose nouvelle. Ainsi, on peut raisonnablement penser que les défenseurs des droits de l'activité créatrice d'un côté, et ceux de la propriété matérielle de l'autre, sont les mêmes pour les thèses contradictoires relatives à la *Tabula Picta* ¹³⁰.

Les termes de la controverse juridique entre les deux écoles par rapport à la spécification, et les arguments invoqués par les uns et les autres pour conforter leurs thèses respectives, nous sont transmis avec une grande clarté au D 41.1.7.7 *lib. 2. Rerum*

¹²⁷ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*.

¹²⁸ Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*. Remarquons que la solution évoquée par Paul est conforme aux autres solutions relatives à la détermination du principal dans les différentes hypothèses d'accession.

¹²⁹ En ce sens BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968 : "*la discussione in ordine alla pittura tra le due scuole si aggirava negli stessi termini della discussione relativa ai casi di specificazione e probabilmente era in questi casi che si ricomprendeva la pittura*".

¹³⁰ En ce sens LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984, p 35.

cotidianarum sive aureorum : “Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit...”. Cet extrait de Gaius démontre clairement l’opposition entre les deux écoles¹³¹. Les Proculiens basent leur théorie sur la considération que la propriété de la chose ouvragée appartient au maître de la façon, pour la raison que cette façon, avant d’exister, n’appartenait à personne (“quod factum est, antea nullius fuerat”¹³²). Les Sabinien, quant à eux, en appelant en la *naturalis ratio*, nous invitent à nous rendre compte qu’il ne peut y avoir de façon sans matière (“sine materia nulla species effici possit”).

Nous retrouvons cette controverse dans les *Institutes* de Justinien, mais elle est rapidement liquidée par l’exposition de la fameuse *media sententia* mentionnée aux I 2.1.25 : “Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit... et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit...”¹³³. Si un ouvrage peut retrouver son état antérieur, il appartient au maître de la matière, autrement il doit appartenir au maître de l’ouvrage.

A partir de ces données, on ne peut plus nier que les motivations “quod factum est, antea nullius fuerat” et “sine materia nulla species effici potest” s’adaptent parfaitement aux deux opinions opposées qui furent soutenues par “quidam” et “aliis”, se rapportant à la *Tabula picta*, car soutenir la prévalence de la peinture sur la toile, signifie défendre la “naissance” de la peinture qui, avant d’exister, n’appartenait à personne, et affirmer au

¹³¹ Se reporter à PEROZZI (S.), “Se la relazione delle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D 41.1.7.7 sia di Gaio”, in *Rend. dello Ist. Lomb.*, 23, 1893.

¹³² Selon LONGO (C.), *Corso di diritto romano. Le cose - La proprietà e i suoi modi d'acquisto*, Milan, 1946, p. 131, la motivation en examen affirmerait “l’assurdità che la cosa, prima di essere creata (antea), era di nessuno ; il che fa a pugnì col senso comune, perché allora la cosa non esisteva, e di cosa inesistente è inconcepibile predicare la pertinenza o non pertinenza ad alcuno”. BALZARINI (M.), “Specificazione”, in *N.N.D.I.*, 17, 1970, p. 1086, nie que l’expression “quod factum est, antea nullius fuerat” implique une référence à l’*occupatio* des *res nullius*, puisque les *res nullius* ne s’acquièrent pas nécessairement en vertu de l’*occupatio*. Selon l’auteur, cette phrase ne veut pas indiquer autre chose que “la novità dell’oggetto risultante dalla specificazione”. Dans un sens analogue voir FERRINI (C.), “Appunti sulla dottrina della specificazione”, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 3, 1890, p. 212 et s.

¹³³ En ce sens également Gaius D 41.1.7.7 lib. 2. *Rerum cotidianarum sive aureorum* : “...Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. Ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest : ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. Videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt : cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit”.

contraire que la *pictura tabulae cedit* parce que *sine illa non potest* (Paul D 6.1.23.3 *lib. 21. ad Edictum*).

En effet, il faut prendre acte du paralélisme juridique, entre spécification et *tabula picta*. “*I due modi d'acquisto della proprietà hanno entrambi alla loro radice la medesima tensione dialettica tra il dominium sulla materia e la forza motrice dell'attività umana che sulla materia stessa agisce*”¹³⁴. Par conséquent, il n'est pas déraisonnable de soutenir que la *pictura* relève de la spécification car “*in realtà il quadro è cosa nuova, risultante dalla tavola e dai colori...*”¹³⁵.

Pourtant, dans les exemples rapportés à IG II.79 et I 2.1.25, la *pictura* n'est pas intégrée dans la liste de Gaius, et cela est juste car elle n'est pas un cas de spécification. Il existe deux extraits encore plus significatifs dans lesquels on laisse expressément entendre que la *pictura* est à considérer comme une hypothèse d'accession. Il s'agit d'un texte mentionné au D 6.1.23.4 *lib. 21. ad Edictum*, dans lequel Paul fait rentrer la peinture parmi ces cas “*in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit*”, et *ep* Gaius 2.1.4 où la liste des hypothèses traitées, dans laquelle il y a celle de la *Tabula picta*, est introduite par le principe général “*regulariter constitutum est, ut superposita inferio-ribus cedant*”. Ainsi, malgré les similitudes, la *tabula picta* n'est pas une hypothèse de spécification.

Cependant, et à partir de ces éléments, nous affirmons que la distinction (entre *pictura* et *scriptura*) consacrée par Justinien est légitime et qu'elle peut se justifier. Mais, il faut convenir que la raison qu'il donne lui-même n'est guère satis-faisante : *ridiculum est*, dit-il, *picturam Apellis vel Parrhasi in accessionem vilissimae tabulae cedere*. Evidemment, la plupart des peintres ne sont ni des Apelles ni des Parrhasius ; l'auteur du tableau le plus médiocre peut invoquer, comme l'artiste supérieur, le bénéfice de la règle *Tabula picturae cedit*. Justinien n'explique donc réellement pas la règle qu'il con-sacre¹³⁶. Elle se justifierait mieux par un motif que ce prince n'a pas perçu : c'est que la planche a été transformée, qu'il y a une véritable création d'un objet nouveau. Même si la *pictura* n'est pas considérée par la législation romaine comme une hypothèse de spécification, nous avons vu que les arguments invoqués par les différents protagonistes peuvent s'y rapporter. Cela aurait dû induire Justinien à assimiler l'hypothèse de la *pictura* à celle de la spécifi-cation¹³⁷.

¹³⁴ LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984, p. 39.

¹³⁵ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 155.

¹³⁶ Gaius observe qu'il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer entre le tableau et le manuscrit IG II.78 : “*Sed si in tabula mea aliquis pinxerit ueluti imaginen, contra probatur ; magis enim dicitur tabulas picturae cedere. Cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur...*”.

¹³⁷ Sur les relations entre *pictura* et *specificatio* se reporter à JHERING (R.), *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1881, p. 79 et s., DE CRESCENZIO (N.), “Accessione”, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. 1, part. 1a, (Diritto romano), Milan, 1884, p. 219 ; PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., vol. 1, Firenze, 1906 p. 1705 et s., ARNO (C.), “*Sculptura e pictura*”, in *Annuario dell'istituto di storia del diritto romano, della universita di Catania*, 17, 1928, p. 31 et s., SANFILIPPO (C.), “Accessione”, in *N.N.D.I.*, 1957, p. 129 et s.

Quant à la distinction entre *pictura* et *scriptura*, la véritable explication se rattache à la différence que l'on est forcé de reconnaître entre l'écriture et la peinture. L'écriture, par elle-même, n'a aucune valeur ; elle est seulement un signe ¹³⁸, le moyen le plus commode et le plus sûr de fixer la pensée, de conserver une oeuvre littéraire quelconque ; mais cette oeuvre littéraire existe très bien indépendamment de toute écriture. Au contraire, un tableau n'est pas seulement un signe, il est l'oeuvre tout entière : détruisez-le, et de l'oeuvre il ne restera plus rien. C'est en se plaçant de ce point de vue qu'il est permis de dire que l'écriture n'est qu'un accessoire, tandis que la peinture doit être considérée comme principal ¹³⁹.

Les tablettes, parchemins ou papyrus, sont les objets principaux car ils constituent le support sans lequel l'écriture ne peut exister ; ils n'ont pas véritablement été transformés. Cette position semble confortée par un texte de Paul mentionné au D 41.1.26.2 *lib.* 14. *ad Sabinum* : "*Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset*". Labéon affirme que si l'on teint notre laine avec de la couleur pourpre qui appartient à autrui, elle ne cesse pas pour cela de nous appartenir, car, nous dit-il, il n'y a pas de différence entre la laine ainsi teinte, et celle qui a perdu sa couleur pour être tombée dans la boue. Ici, malgré le travail, il n'y a pas confection d'un nouvel objet. La solution retenue est parfaitement conforme aux autres hypothèses d'accession, car la laine constitue le support sans lequel la teinture ne peut subsister.

SECTION 2 L'invention des trésors : essai de détermination du véritable caractère juridique

L'invention des trésors est de nature à soulever des questions très nombreuses et très importantes. L'intérêt qu'elle présente est manifeste au double point de vue pratique et théorique. Pratique, car dans l'Antiquité, il était souvent nécessaire de mettre en terre des choses de valeur pour les préserver des menaces extérieures. De fait, bien souvent les propriétaires perdaient le souvenir de leur emplacement ¹⁴⁰. Théorique, car les textes relatifs à la dévolution des trésors nous expliquent de quelle façon on attribuait ce trésor, mais rien n'est dit sur la nature de l'acquisition, sur les principes juridiques sur lesquels se basait la législation romaine.

¹³⁸ Nous ne parlons pas, bien entendu, des modèles calligraphiques, que nous pouvons considérer comme une espèce de peinture.

¹³⁹ Toujours dans le même ordre d'idée, on peut remarquer que le propriétaire d'un manuscrit, en cette seule qualité, n'a pas la propriété de l'oeuvre littéraire, tandis que le propriétaire d'un tableau a nécessairement la propriété de l'oeuvre artistique réalisée par ce tableau.

¹⁴⁰ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 129, nous rappelle que les *res hostiles* appartiennent au premier occupant, et qu'il était donc nécessaire de cacher ses richesses en périodes de guerres ou de troubles. Aussi, bien souvent, si le propriétaire réussissait à sauver ses biens, il ne réussissait pas toujours à sauver sa propre vie. En accord avec cela TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416.

La plupart des auteurs admettent que c'est à titre d'accession que le propriétaire du fonds acquiert, sous la République, la propriété du trésor ¹⁴¹, mais cette question a fait l'objet des plus vives controverses en ce qui concerne la nature de l'acquisition sous l'Empire, en particulier lorsque le trésor est découvert par hasard dans le terrain d'autrui.

Alors que pour certains auteurs c'est à l'occupation que se rattache l'invention du trésor ¹⁴², pour d'autres, il s'agit d'une acquisition *lege* ¹⁴³. Enfin, certains estiment que nous nous trouvons en face d'une subtile combinaison du principe de l'accession et de l'occupation ¹⁴⁴. Nous essaierons de démontrer qu'aucune de ces solutions n'est admissible.

Avant de nous prononcer, nous rechercherons d'abord à quels caractères peut se reconnaître le trésor. Nous verrons que les définitions données par la législation romaine laissent place à la discussion (§ 1). Même si nous ne pouvons pas consacrer de longs développements à cette étude sans sortir de notre sujet, il nous semble important, avant d'étudier les règles relatives à la détermination du véritable principe juridique auquel se rattache la dévolution du trésor (§ 2), de poser des principes généraux solides, car nous y ferons souvent appel pour tenter de résoudre ces controverses.

§ 1) Caractère et nature juridique du trésor

Les questions relatives à la définition du trésor sont très nombreuses. Par exemple, ce sera celle de savoir comment on peut distinguer le trésor d'autres objets qui lui sont proches mais qui sont soumis à des règles d'acquisition de propriété différentes.

L'étude de la définition du trésor est en ce sens indispensable (A), car elle nous permettra de résoudre plus facilement l'importante question de la nature juridique du trésor, et notamment de déterminer si ce dernier présente les caractéristiques de

¹⁴¹ En ce sens TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416 ; BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 238 ; KNÜTEL (R.), "Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis", in *R.H.D.*, 1998, p. 209 ; DAUVILLIER (J.), "Laparabole du trésor et les droits anciens", in *R.I.D.A.*, 1957, p. 109 ; APPLETON (C.), *Le trésor et la iusta causa usucapionis*, Pavia, 1929, p. 8. En désaccord VOCI (P.), *Modi di acquisto della proprietà, Corso di diritto romano*, Milan, 1952, p. 22.

¹⁴² En ce sens KASER (M.), *Das römische Privatrecht*, I, C.H., München, 1975, p. ; TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416 ; VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 274 ; ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1886, p. 629. Pour GAUDEMET (J.), *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, Thèse, 1934, p. 82 : "La découverte du trésor fournit une hypothèse voisine de celle de l'occupation". D'après SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 48 : "Un modo d'acquisto di proprietà affine alla occupazione, il quale anzi, secondo alcuni autori, è addirittura acquisto per occupazione, è l'acquisto del tesoro".

¹⁴³ En ce sens BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 134 et s. Se reporter également à BONFANTE (P.), *Scritti giur. varii*, 2, 1918, p. 904 et s. Précisément, l'éminent romaniste estime que la part attribuée à l'inventeur qui découvre le trésor sur le fonds d'autrui est une acquisition *lege* (nous aurons à y revenir).

¹⁴⁴ KNÜTEL (R.), "Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis", in *R.H.D.*, 1998, p. 187-214. En ce sens également DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1876, p. 485.

l'accès-soire, telles que nous les avons dégagées dans le développement précédent (B).

A) La définition du trésor

Voyons quelles sont les définitions qu'en donnent les textes romains. Justinien, rapportant une Constitution de l'Empereur Léon¹⁴⁵, nous dit que le trésor "*id est condita ad ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*"¹⁴⁶. Paul au Digeste¹⁴⁷, nous en donne la définition suivante : "*Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*"¹⁴⁸. Nous remarquons que la définition de l'Empereur Léon parle d'une chose cachée, celle de Paul d'un simple dépôt, mais les deux signalent aussi qu'il s'agit de choses placées dans un certain endroit par l'homme depuis si longtemps que le maître est inconnu¹⁴⁹.

Ainsi, d'après les définitions de Léon et de Paul, trois circonstances constituent un trésor : il faut qu'il s'agisse d'une chose soustraite au regard ; que personne ne prouve sa propriété ; et que cette chose soit ancienne. Il semble donc que, si ces trois conditions sont remplies, on peut appliquer les règles de la dévolution du trésor.

L'étude de ces trois conditions fera l'objet de trois paragraphes distincts. Une foule de questions vient en effet s'y greffer : quelles sont les choses qui, cachées, constituent un trésor ? Peuvent-elles être cachées n'importe où, dans un meuble comme dans un immeuble ?

¹⁴⁵ C 10.15.1 a.474.

¹⁴⁶ On retrouve également cette phrase dans le code Théodosien (C Th. 10.18.2) qui nous rapporte une Constitution des Empereurs Gratien, Valentinien et Théodose de l'année 380.

¹⁴⁷ Paul D 41.1.31.1 *lib.* 31. *ad Edictum*. Il existe une autre définition qui semble calquer celle de Paul ; il s'agit de celle de Cassiodore le ministre de Théodoric (Cassiodori *Var.*, 6, 8).

¹⁴⁸ Avec un point de vue critique à l'égard de cette définition voir HILL (G.), *Treasure Trove*, Oxford, 1936 (réimpr. Aalen 1980), p. 5 et s., SCHULZ (F.), *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, (réimp. Aalen 1992), p. 364-367 ; MAYER-MALY (T.), "*Thesaurus meus*", dans *Acta Juridica*, 84, 1985.

¹⁴⁹ Faut-il ajouter aux caractères annoncés dans ces deux définitions, celui de choses découvertes par l'effet du hasard ? L'hésitation est permise. Les définitions de Paul et de Léon n'en parlent pas, cependant les textes exigent que le trésor soit découvert par hasard : c'est ce que nous disent notamment les *Institutes* à I 2.1.39 : "*Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit...*"(en ce sens voir également C 10.15.1). Nous considérons qu'on ne peut pas voir là un élément constitutif de la nature juridique du trésor. En effet, le hasard n'a de rôle que pour l'attribution du trésor ; il est indifférent pour sa définition (nous verrons plus loin que l'inventeur d'un trésor sur le fonds d'autrui n'a droit à sa part que si le hasard a présidé sa découverte). Justinien a certainement voulu empêcher que les chercheurs de trésors ne deviennent une profession, et ne violent le droit de propriété en fouillant dans le fonds d'autrui. Ce motif même démontre que cette condition n'est relative qu'à l'inventeur et ne modifie nullement le caractère juridique du trésor. La question a surtout son importance au cas où le propriétaire d'un fonds le fouille avec l'intention d'y découvrir un trésor. Cela lui est permis, mais s'il y trouve un objet, celui-ci lui appartiendra-t-il à titre de trésor ? L'Empereur Léon nous dit que oui, car la chose découverte n'en est pas moins un trésor, s'il s'agit d'une chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété (C 10.15.1).

1) Le trésor est une chose cachée ou déposée

Nous avons remarqué en introduction que la définition de l'Empereur Léon parle de choses mobi-lières cachées (*"id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia"*), celle de Paul d'un ancien dépôt d'argent (*"Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat"*). Nous pouvons décomposer en plusieurs éléments ces deux définitions.

Tout d'abord, quelles choses cachées ou déposées constituent-elles un trésor ? "Toute chose", quelle qu'elle soit, et non seulement de l'argent. Sans doute la définition de Paul contient-elle le mot *pecuniae* : *Vetus quaedam depositio pecuniae*, mais il ne faut pas s'y tromper. Le terme *pecunia* était un terme générique, désignant toute matière précieuse. De plus, cette définition a été élargie par la Constitution de l'Empereur Léon, qui englobe tous les objets mobi-liers : *"Thesaurus, id est condita ab est ignotis dominis tempore uctustiore mobilita"*¹⁵⁰. Il est donc impossible de donner une énumération des choses qui peuvent devenir trésor ; ce sera par exemple des pièces de monnaie, des lingots, des bijoux... La vertu de devenir trésor, dans les conditions définies par la législation romaine, n'est donc attachée à aucun objet particulier.

Certes, il ne s'agit ici que de choses mobi-lières ; le mot *mobilia* se trouve dans la Constitution de l'Empereur Léon¹⁵¹. Les meubles seuls sont en effet susceptibles d'être cachés. Le doute ne peut survenir que pour ces choses, anciennement meubles et devenues immeubles.

On peut alors hésiter et se demander si les immeubles par destination peuvent constituer un trésor. Cependant les choses immobilisées par leur destination sont traitées comme des immeubles. Ce ne sont donc pas les textes relatifs aux trésors qui s'appliquent, car ces immeubles fictifs appartiennent exclusivement au propriétaire du sol,

¹⁵⁰ Doit-on ajouter aux caractères du trésor celui de la préciosité ? D'après PEROZZI (S.), "Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobide", in *R.D.C.O.*, 8, 1910, p. 262-263, ce caractère n'est plus exigé depuis la Constitution de l'Empereur Léon mentionnée au C 10.15.1 a.474 : *"Siccome il codice (giustiniano) è posteriore ai Digesti e si può ritenere che valga per legislazione posteriore rispetto ad essi, così è chiaro che se questi parlano di pecunia, il requisito fu modificato dal codice, estendendo il concetto di tesoro a qualunque cosa mobile, di valore o meno"*. BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 140, quant à lui, affirme que ce caractère est exigé "nel diritto giustiniano come nel diritto antegiustiniano". Nous pensons contrairement à ces deux éminents romanistes que cette condition n'a jamais été exigée. Il est vrai que la définition de Paul contient le mot *pecunia*, mais parce que le plus souvent les trésors contiennent des objets en or ou en argent. D'ailleurs, *pecunia* a un sens assez général et désigne les biens, les richesses que possède une personne, or celle-ci peut considérer comme une richesse une chose qui laissera telle autre indifférente. Sans doute, si l'objet a une valeur minime, les textes relatifs à la dévolution des trésors ne joueront pas, car personne ne réclamera la chose trouvée, et si elle la réclame c'est qu'elle considère cette chose comme précieuse. Par ailleurs, comme l'affirme Perozzi cette définition de Paul a été élargie par la Constitution de l'Empereur Léon qui nous parle de *"choses mobilières"* ; définition qui ne contient aucune connotation de valeur. Cette décision est rationnelle car selon nous, la nature de la chose ne doit pas être prise en considération, la notion de préciosité est toute relative ; une chose peut être précieuse pour *primus* et ne pas l'être pour *secundus*. D'ailleurs, tout objet en définitive a une valeur, aussi minime soit-elle, et rien ne serait plus arbitraire que de déterminer le sens et la portée de cette condition nouvelle.

¹⁵¹ *Condita ad ignoti dominis mobilia* nous dit-il à C 10.15.1 a.474.

comme toutes les dépendances immobilières de son immeuble, et cela en vertu du prin-cipe “*superficies solo cedit*”¹⁵² que nous avons lon-gue-ment évoqué précédemment.

Nous arrivons maintenant au point capital du premier élément de la définition du trésor. Pour que le meuble constitue un trésor, il faut qu’il soit sous-trait au regard¹⁵³.

Nous aimerions à ce propos rebondir sur une assertion de Bonfante qui nous semble fortement con-testable. Ce dernier affirme que lorsqu’il y a adjonc-tion de deux choses, il est nécessaire de distinguer si la chose adjointe est une *res nullius* ou une *res aliena*. Dans le premier cas, nous dit-il, la chose devient ma propriété sans qu’il soit nécessaire de “*ricercare la natura e la forza della coesione*”, n’importe quelle adhésion ou relation suffit à fonder l’acquisition ; il peut suffire d’un simple rapproche-ment. Mais, il poursuit que “*tale è il caso in generale degli incrementi fluviali e tale è altresì il caso dell’acquisto del tesoro al proprietario del fondo*”¹⁵⁴.

¹⁵² IG II.73.

¹⁵³ A ce propos il n’est pas inintéressant de se poser la question de savoir s’il y a encore trésor quand la chose découverte se trouve dans un meuble ? D’après SCHULZ (F.), *Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 362, il ne peut y avoir trésor lorsque la chose est découverte dans un tiroir secret. Dans le même ordre d’idée se reporter à BÖCKING (E.), *Pandekten*, Bonn, 1853, § 150, n° 31, et SELL (F.), *Römische Lehre des Eigenthums*, Bonn, 1852, p. 90, pour qui les objets précieux découverts dans un meuble ne sont pas des trésors mais des choses oubliées ou secrètes. Nous pensons que cette affirmation est fortement discutable. Reprenons les deux définitions du trésor qui nous sont rapportées par la législation de Justinien : celle de Paul (D 41.1.31.1 *lib. 31. ad Edictum*) pour qui le trésor est un ancien dépôt d’argent, et celle de Léon (C 10.15.1) qui parle littéralement de choses mobilières cachées depuis longtemps par les maîtres. Remarquons que ces deux définitions sont tout à fait générales et qu’elles peuvent s’entendre d’un meuble comme d’un immeuble. Les mots “cachée” ou “dépôt” peuvent nous servir d’argument dans ce sens, car les trésors peuvent tout aussi bien être cachés ou déposés dans un meuble que dans un immeuble. La raison d’en douter se trouve plutôt dans les exemples utilisés dans les textes romains. Par exemple Léon nous dit : “*Quod si forte vel ar vel alias terram alienam colendo, ve cunque casu, non studio perscrutan alienis locis thesaurum invenerit, id repertum fuerit, dimidia retenda, dimidia data, cum locorum domirtiatur. Ita enim eveniet, ut unusquis fruatur. Ita enim eveniet, ut unusquis fruatur, et non inhiet alienis*” (C 10.15.1). D’après ce texte, si quelqu’un, en labourant ou cultivant le champ d’autrui, a trouvé un trésor sans le chercher, qu’il en conserve la moitié et restitue l’autre au propriétaire du fonds. Léon mentionne ici un trésor trouvé en “labourant ou en cultivant le champ d’autrui”, et les exemples sont nombreux (nous mentionnerons par exemple Tryphoninus au D 41.1.63). Nous nous trouvons donc confrontés d’une part, à des définitions très générales dont les termes peuvent s’entendre d’un meuble comme d’un immeuble, et d’autre part, à des exemples selon lesquels le trésor doit être trouvé enterré dans un fonds. Mais est-ce que l’on doit y voir une raison suffisante pour décider que Justinien a utilisé intentionnellement dans ces exemples le mot *terram*, pour restreindre à ce cas les règles du trésor ? Cette interprétation étroite nous semble absolument inadmissible. En effet, comme nous l’avons dit, il ne s’agit que d’exemples et si l’on songe aussitôt à un bien mobilier caché dans un terrain, ce n’est que parce qu’en fait, on découvre le plus souvent les trésors enterrés dans un champ. De plus, les *Institutes* et le *Codex* (I 2.1.39 ; C 10.15.1) emploient le mot *locus* qui est également très général et qui peut s’entendre d’un meuble comme d’un immeuble. En effet, *locus* peut vouloir dire fonds (I 2.1.39), mais est-ce qu’un meuble n’en est pas un ? Il est donc inexact de dire que les juriconsultes romains se référaient toujours à l’hypothèse d’une chose trouvée dans le sol. Sans doute, le cas d’un objet découvert dans un meuble était plus rare ; la plupart du temps, c’était dans le sol ou dans le mur d’une maison, c’est-à-dire dans un immeuble, qu’il se trouvait. Mais c’est tout ce que l’on peut dire ! et si ce cas se présente, nous sommes aussi en présence d’un trésor, si les autres conditions se trouvent réunies.

¹⁵⁴ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 96-97.

Nous ne sommes pas d'accord avec ce point de vue, car nous pensons d'une part, que le trésor n'est pas à proprement parlé une *res nullius*¹⁵⁵, et d'autre part, que la nature de la cohésion est déterminante pour ce qui concerne l'acquisition du trésor par le propriétaire du fonds. Les textes nous disent que le trésor doit être "caché" ou "déposé", et par ces termes, Justinien a aussi voulu marquer que le trésor devait être placé par le fait même de l'homme, conscient de son acte. Il s'agit, selon nous, d'un élément absolument indispensable de la définition du trésor, sur lequel les auteurs se sont rarement intéressés. Car le fait que le trésor ait été placé intentionnellement par l'homme est seul susceptible de le distinguer des choses perdues et des *res derelicta*, c'est-à-dire de choses abandonnées par leur pro-priétaire.

La distinction entre le trésor et les choses perdues est très délicate. Nous avons vu que le trésor est une chose cachée depuis si longtemps que le propriétaire est inconnu. A partir de cette définition, ne peut-on pas considérer que le trésor est une chose perdue ? Nous voyons que l'intérêt de cette distinction est capital, car les règles de l'attribution des choses perdues et du trésor sont différentes. C'est ainsi que, pour l'attribution du trésor, on appliquera la règle des *Institutes* mentionnée aux I 2.1.39, en vertu de laquelle le trésor appartient au propriétaire du sol s'il en est en même temps l'inventeur, par moitié à ce propriétaire et par moitié à l'inventeur s'ils ne sont pas les mêmes personnes. Les *Institutes* qui traitent aussi des choses perdues renvoient au contraire pour le règlement de leur attribution à des règles différentes : "*Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiiciuntur. Hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eiici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat : qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt*"¹⁵⁶. D'après ce texte, celui qui trouve une chose perdue et qui se l'approprie, commet un vol.

Ainsi, on voit combien il est important de ne pas confondre le trésor avec les choses perdues, et la difficulté de la distinction de ces deux objets n'est pas moins grande que son importance pratique. Selon nous, nombreux ont dû être les cas où, en présence d'une

¹⁵⁵ Cette opinion de Bonfante semble confortée par la définition qui nous est donnée par Paul : "*Ut iam dominium non habeat*". Il ne dit pas qu'on ignore qui est propriétaire, il dit littéralement "*en sorte qu'il n'y ait plus de propriétaire*". On pourrait donc penser que dans l'idée de Paul, le trésor doit être une *res nullius* (en ce sens également BETTI (E.), *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 2, Padoue, 1947, p. 403). Cependant, il y a toujours une succession universelle objecte BESELER(G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 4, Tübingen, 1921, p. 162, pour qui la phrase "*ut iam dominium non habeat*" est une absurdité. Mais les héritiers d'un enfouisseur inconnu et inconnaisable peuvent être légion. De plus, même si l'enfouisseur primitif était connu, cela n'impliquerait nullement que ses successeurs le fussent, nous explique Appleton (APPLETON (C.), *Le trésor et la iusta causa usucapionis*, PAVIA, 1929). Ainsi, le trésor n'est pas *stricto sensu* une *res nullius* (BONFANTE (P.), "La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro", in *mélanges Girard*, 1, 1912, p. 142, affirme que le trésor est "*une res nullius d'une nature spéciale, une chose ayant perdu son propriétaire*."), c'est un bien mobilier, souvent un dépôt d'argent si ancien qu'on en a perdu le souvenir. Aussi, peut-on dire qu'il n'a plus de propriétaire : celui-ci est mort, et ses héritiers ignorent que leur auteur a jadis caché de l'argent. Il est impossible d'identifier quel est juridiquement le propriétaire, car celui-ci ou ses héritiers existent peut être, mais ils sont inconnus et c'est pourquoi C 10.15.1 définit le trésor "*condita ad ignotis dominis, tempore vetustiore mobilia*".

¹⁵⁶ I 2.1.48.

chose découverte, les romains ont dû hésiter pour savoir quel texte des *Institutes* appliquer. Sans doute, cette difficulté ne s'aperçoit pas à première vue, mais seulement après un examen attentif. En effet, il existe entre le trésor et les choses perdues de nombreux points de ressemblance, dont le plus important est que tous deux ont un propriétaire. Sans doute il est vrai que personne ne peut justifier de leur propriété, mais il ne suit pas de là qu'il n'y a pas de propriétaire ; il y a simplement un maître inconnu. Dès que l'un ou l'autre retrouve son propriétaire véritable, il n'y a plus ni trésor, ni chose perdue, il y a une chose dont le propriétaire est connu.

Cependant, malgré ce point de ressemblance, on peut être tenté de dire (comme Mrs Perozzi et Galgano) que la distinction est toute simple. La chose trouvée était-elle à découvert ? Si tel est le cas, il y aura chose perdue¹⁵⁷. Était-elle cachée ? Nous serons en face d'un trésor. Mais cette distinction qui s'attache à la visibilité de l'objet trouvé ne nous semble pas satisfaisante. Sans doute, la plupart du temps, une chose cachée sera un trésor, une chose visible sera une chose perdue ; mais il ne peut en être toujours ainsi. On peut parfaitement imaginer qu'une chose perdue soit recouverte par un agent naturel comme la terre lors d'un éboulement ou lors d'un tremblement de terre. Dans ce cas, on dira qu'il n'y a plus chose perdue mais trésor et on appliquera la législation concernant la dévolution de cet objet. Nous ne le pensons pas car le caractère distinctif du trésor ne nous paraît pas être dans le fait que l'objet soit caché, mais dans le fait qu'il ait été caché par la main de l'homme.

Ce critère de distinction nous semble correspondre exactement aux faits. Celui qui perd une chose par une cause contraire à sa volonté la rend chose perdue. Or, il est inadmissible que la nature juridique de chose perdue qu'elle a ainsi acquise soit changée simplement par un fait naturel et purement accidentel. L'intention des jurisconsultes n'a pas pu manifestement être telle ; ils ont, quand il s'agissait d'un trésor, donné le tout ou la moitié au propriétaire du sol en presumant que les anciens maîtres du trésor l'avaient caché intentionnellement. Ce motif fait absolument défaut avec la chose perdue qui n'a pas été cachée intentionnellement, mais qui a été perdue par un fait contraire à la volonté du maître. Ce critère de distinction ressort très nettement des textes romains qui insistent sur les termes "caché" ou "déposé" pour définir le trésor¹⁵⁸, alors que pour les choses perdues les textes insistent sur le fait purement accidentel et contraire à la volonté du maître¹⁵⁹.

Ainsi nous déciderons qu'il y a trésor, dès lors que la chose cachée l'aura été par l'homme¹⁶⁰. Dès que cette circonstance est reconnue, il faut décider qu'il y a trésor, et que ce sont les règles relatives à la dévolution du trésor qui s'appliquent. Dès lors aussi qu'il est certain que la chose cachée ne l'aura pas été par l'homme ou du moins par un

¹⁵⁷ D'après PEROZZI (S.), "Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobide", in *R.D.C.O.*, 8, 1910, p. 275 et GALGANO (S.), "Dell'acquisto del tesoro", in *Filangieri*, 33, 1908, p. 16 et s., la chose découverte par une force naturelle n'est plus un trésor, et doit appartenir au premier occupant.

¹⁵⁸ C 10.15.1 a. 474 et Paul D 41.1.31.1 *lib. 31 ad Edictum*.

¹⁵⁹ I 2.1.48.

fait contraire à sa volonté, nous décidons qu'il y a chose perdue, et que ce sont les règles relatives à la dévolution de cette dernière qui s'appliquent.

La distinction des trésors et des *res derelictae* est beaucoup plus nette¹⁶¹ ; ce sont les choses qui ont été abandonnées par leur propriétaire "*Qua ratione verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id rerum suarum esse nollet : ideoque statim dominus esse desinit*"¹⁶². D'après ce texte, celui qui prend une chose que le propriétaire a abandonnée, en acquiert aussitôt la propriété par voie d'occupation¹⁶³ car ces choses sont sans maître de même que les produits de la mer, le gibier, le poisson qui n'en ont même jamais eu. Au contraire, nous l'avons vu, le trésor, comme la chose perdue, n'est pas une *res nullius*, car la propriété n'a jamais été réellement perdue, seulement tous les souvenirs en sont effacés. Le trésor et la chose perdue se rapprochent donc pour se différencier des *res derelictae*.

2) Le trésor est sans propriétaire connu

Nous avons noté que le trésor, au sens technique du terme, est une chose sans propriétaire connu ; telle est la seconde condition absolument nécessaire à son existence : le trésor nous dit Paul est "*vetus quedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat*". Ce qui est important, c'est l'inexistence d'individus pouvant justifier de leur propriété.

Dans les sources, ce terme désigne aussi toute chose mobilière qu'une personne a enterré ou caché dans l'intention de la camoufler¹⁶⁴, et dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'un trésor (tel que nous l'avons défini) car le propriétaire est connu¹⁶⁵. Il ne faut y voir qu'une conséquence logique du principe selon lequel celui qui a caché sa chose n'a

¹⁶⁰ En ce sens PEROZZI (S.), "Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobide", in *R.D.C.O.*, 8, 1910, p. 257-258. Pour BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 141, "*il rilievo della depositio vuole escludere, oltreché, a nostro avviso, gli oggetti sepolti con il cadavere, anche quegli oggetti che fanno corpo con la cosa, ne sono parte integrante, come le pietre preziose che il fondo contenga naturalmente, non per esservi state nascoste dall'uomo*".

¹⁶¹ Se reporter à BERGER (A.), "In tema di derelizione", in *B.I.D.R.*, 32, 1922, p. 131 et s., ROMANO (S.), *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padoue, 1933.

¹⁶² I 2.1.47.

¹⁶³ Se reporter à ROMANO (S.), "L'occupazione delle *res derelictae*", in *Annali di Camerino*, 1930, p. 201-252 ; BONFANTE (P.), "La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte", in *Scritti giuridici vari*, 2, p. 357 s.

¹⁶⁴ "*Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae, condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit*" nous dit Paul au D 41.1.31.1 *lib.* 31. *ad Edictum*. En ce sens voir également Papinien D 41.2.44 *lib.* 23. *Quaestionum* et Pomponius D 10.4.15 *lib.* 18 *ad Sabinum*. A propos des deux sens de *thesaurus* se reporter à FERRINI (C.) GROSSO (G.), *Manuale di Pandette*, 4ème éd., Milan, 1953, p. 280 et s., et MAYER-MALY (T.), "*Thesaurus meus*", dans *Acta Juridica*, 84, 1985, p. 285 et s.

¹⁶⁵ Ainsi Pomponius nous dit au D 10.4.15 *lib.* 18 *ad Sabinum* : "*thesaurus meus in fundo tuo est*".

pas eu l'intention de s'en dessaisir pour toujours ¹⁶⁶ ; tout au contraire, son but a été de la conserver plus sûrement ; son acte n'a été qu'une affirmation énérgique de son droit de propriété ; le trésor n'est pas une *res derelicta*.

Dès lors, si ce "faux trésor" est trouvé par un étranger, et si son propriétaire l'apprend, rien de plus naturel à ce qu'il cherche à rentrer en sa possession, car ce n'est pas pour enrichir un inconnu qu'il l'a placé dans un endroit secret. Il pourra à ce titre intenter une action : "*Tesaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere : cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo fecerit quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollam exportatem. Quod si etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest*" ¹⁶⁷ .

Ses héritiers pourront d'ailleurs agir à sa place s'il est décédé avant la découverte. Il est vraisemblable en effet que c'est pour eux, aussi bien que pour lui, que le propriétaire du trésor a voulu le conserver, peut être même exclusivement dans l'intention qu'ils le trouvent à sa mort. En tout cas, les héritiers du défunt succèdent à tous ses biens et le trésor en est bien un.

Ainsi, le trésor ne peut être qu'une chose dont le propriétaire est inconnu ; c'est là une condition indispensable pour que le propriétaire du sol ou l'inventeur aient droit au tout ou à la moitié. Dans le sens inverse, si le propriétaire de la chose trouvée (l'auteur de l'enfouissement ou son héritier) se fait connaître, il ne s'agit pas d'un trésor au sens technique du terme et cette chose doit lui être remise en entier ; les textes relatifs à la dévolution du trésor ne peuvent plus s'appliquer. On se trouve simplement en présence d'une chose dont le propriétaire est connu.

En somme, les règles relatives à la dévolution du trésor ne furent édictées que pour le cas où l'on ne pouvait pas découvrir le maître du trésor. Et il faut le souligner, ces dispositions cherchent seulement à s'approcher le plus possible de la réalité des choses, et n'attribuent le trésor aux personnes que nous avons vues que parce qu'il faut bien l'attribuer à quelqu'un et, faute de connaître le vrai propriétaire, à ceux qui semblent avoir le plus de droits après lui.

Remarquons par ailleurs, qu'il existe sur ce point d'étranges ressemblances avec les principes généraux que nous avons dégagés à propos de l'accession. Lorsque le trésor n'a pas de propriétaire identifiable, le propriétaire du sol (du principal) en acquiert au moins partiellement la propriété. Au contraire, lorsque le propriétaire est connu, il doit

¹⁶⁶ Les auteurs comiques du VI^e siècle nous attestent que leurs contemporains n'avaient guère d'autres moyens de mettre en sûreté les choses auxquelles ils tenaient le plus que de les enterrer, de les placer dans le trou d'une muraille ou sous la pierre du foyer, en prenant soin de ne révéler la cachette qu'à un parent ou à un ami proche (PH. E. Legrand, Daos, p. 261).

¹⁶⁷ Pomponius D 10.4.15 *lib. 18 ad Sabinum*. Nous ne pouvons pas nous étendre ici sans sortir de notre sujet ; pour plus de précision sur ce texte se reporter à HUVELIN (P.), *Etude sur le furtum dans le très ancien droit romain*, T. 1 (Les sources), Lyon, 1915, p. 564.

intenter une action pour retrouver son bien¹⁶⁸.

3) Le trésor doit-il être ancien ?

Ce principe est exigé par les textes que nous avons évoqués tout au long de notre développement ; *Thesaurus est vetus quaedam depositio*, dit Paul au Digeste¹⁶⁹ ; *condita ab ignotis dominis tempore vetus-tiori mobilia* dit l'Empereur Léon au Codex¹⁷⁰.

La définition de Paul nous paraît plus intéressante. Il nous dit littéralement “*un trésor est une sorte de dépôt d'argent, qui a eu lieu dans les temps anciens et dont il ne reste plus de souvenir, de sorte qu'il n'y a plus de propriétaire...*”. Raisonnons sous forme de syllogisme. Que nous dit Paul ? Si le trésor est ancien, il n'en reste plus de souvenir, donc il n'a plus de propriétaire.

Cependant, ce raisonnement nous paraît discutable. On peut parfaitement supposer que Primus cache sa fortune et meurt quelques temps après, sans divulguer le lieu du dépôt. A partir de là, est-ce que quelque chose s'oppose à l'application des règles concernant la dévolution du trésor ? Nous ne le pensons pas. Si les textes romains exigent ce caractère d'ancienneté, c'est que le plus souvent le trésor est une chose ancienne, car s'il s'agit d'une chose cachée depuis peu, son propriétaire se fera connaître si elle est découverte ; et il n'y aura plus de trésor. Cependant, dans des hypothèses moins fréquentes, un trésor récemment caché peut très bien ne plus avoir de propriétaire identifiable. Et dans ce cas, on ne voit pas pourquoi les jurisconsultes romains devraient refuser d'appliquer les règles relatives à la dévolution du trésor si les autres conditions sont réunies.

Cette exigence d'ancienneté ne se justifie donc pas. En quoi le fait que la chose ait été cachée pour un temps plus ou moins long en modifie-t-il la nature ? Elle devient un trésor dès qu'elle a été cachée et que le propriétaire n'est plus identifiable, et n'acquiert pas cette qualité au bout d'un certain temps. Et si les textes romains parlent de ce caractère d'ancienneté, c'est qu'ils exigent que personne ne puisse se dire propriétaire, ce qui, la plupart du temps, n'aura pas lieu lorsque le dépôt est récent. Enfin, il existe une difficulté pratique car il est impossible de dire quand et par qui le trésor a été enfoui, parce qu'en réalité personne ne peut s'en dire propriétaire.

B) La nature juridique du trésor

L'étude que nous venons de faire de la définition du trésor nous permet de résoudre plus facilement cette importante question : quelle est la nature juridique de celui-ci ? Se rattache-t-elle à une notion juridique déjà connue ? La solution que nous donnerons présentera un grand intérêt lorsque nous nous intéresserons à la détermination du

¹⁶⁸ Si le propriétaire ne peut pas intenter l'*actio ad exhibendum* c'est uniquement parce que le propriétaire du fonds ne le possède pas (Pomponius D 10.4.15 lib. 18 ad Sabinum).

¹⁶⁹ Paul D 41.1.31.1 lib. 31 ad Edictum.

¹⁷⁰ C 10.15.1 a.474.

véritable principe juri-dique auquel se rattache la dévolution du trésor.

Le trésor n'est pas un immeuble par destina-tion, car nous l'avons démontré, les choses immobili-sées par leur destination sont traitées comme des immeubles, ce qui n'est pas le cas du trésor. On peut aussi penser à une autre solution : le trésor serait un fruit, mais il est facile de reconnaître qu'elle n'est pas satisfaisante. En effet, le trésor ne peut être un fruit car celui-ci présente le caractère que le fonds lui a donné naissance, ce qui n'est pas le cas du trésor.

Enfin, peut-on considérer que le trésor est une partie du fonds dans lequel il est enfoui ? Pour répondre à cette question, examinons le célèbre texte de Paul mentionné au D 41.2.3.3 *lib. 70. ad Edictum* : "*Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidenti affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione usu cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum : is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriore esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra : quibus consentio*"¹⁷¹.

Dans la première partie de ce texte, Paul présente l'opinion des Proculiens qui considéraient comme suffisant le fait que le possesseur d'un terrain sache à quel endroit le trésor était caché pour qu'il en acquiert la propriété¹⁷². Dans la troisième partie, Paul expose l'opinion des Sabinien, qu'il soutient. Selon celle-ci, la connaissance du trésor et celle de son emplacement dans le terrain ne suffisaient pas ; il fallait que le trésor soit déterré¹⁷³. Enfin, dans la deuxième partie intermédiaire de ce fragment, nous voyons que Paul insère la décision de Brutus (préteur en 142 av. J-C) et Manilius (consul en 148 av J-C) qui considéraient le trésor comme partie intégrante du terrain et qui approuvaient l'usucapion du terrain avec le trésor. Paul rejète cela, moyennant l'argument que le trésor devait être usucapé séparément. Il considère donc le trésor comme une chose autonome, même s'il est enterré¹⁷⁴.

Ce texte nous apprend que la découverte du trésor ne posait, à la fin de la

¹⁷¹ Que le partage d'Hadrien au sujet de la découverte du trésor ne soit pas évoqué dans ce fragment repose sur le fait que c'est le propriétaire du fonds lui-même qui prend connaissance du trésor et qui le déterre. En ce sens KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 208-209. Pour plus de détails sur ce fragment voir SAVIGNY (K.Fr.v.), *Das Recht des Besitzes*, 6ème éd., 1837, p. 260 et s., LAURIA (M.), "Del possessore del tesoro all'inventor", in *Labeo*, 1, 1955, p. 21 et s., Backhaus, *Casus perplexus*, 1981, p. 146 et s., DAUBE (D.), *Collected Studies*, vol. 1, 1991, p. 25 et s.

¹⁷² Cf. FERRINI (C.) GROSSO (G.), *Manuale di Pandette*, 4ème éd., Milan, 1953, p. 248 N° 3.

¹⁷³ Voir KNÜTEL (R.), "Der Schatz im Acker", in *Index*, 15, 1987, p. 111-116.

¹⁷⁴ Pour plus de précision sur D 41.2.3.3 *lib. 70. ad Edictum*, se reporter à KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 208-209 ; APPLETON (C.), (*op. cit.* à la p. 99) p. 10 et s., et HUVELIN (P.), (*op. cit.* à la p. 116) p. 274 et s.

République, aucun problème. Le propriétaire du sol était, sans discussion possible, propriétaire du sous-sol et de tout ce qu'il contenait, car, nous disent certains auteurs, les jurisconsultes des derniers siècles de la République (Brutus et Manilius) considéraient le trésor comme une partie intégrante du fonds dans lequel il était enfoui¹⁷⁵. Pour notre part, nous dirons plutôt que le trésor était considéré comme un accessoire du fonds¹⁷⁶. Cela nous semble plus correct car il y a été joint d'une façon toute artificielle par la main de l'homme ; le seul lien qui l'unisse donc au fonds ne résulte que d'un dépôt, fait purement accidentel, qui ne saurait, quelque importance qu'on s'efforce de lui attribuer, établir aucun lien au sens propre du mot, entre lui et le fonds. Dire que le trésor est une partie intégrante ou un accroissement du fonds nous semble être fortement contestable ; une mine fait partie intégrante du fonds car elle constitue le fonds lui-même, ce qui n'est pas le cas du trésor.

Puis, au début de l'Empire, on commence à considérer que le trésor a une individualité distincte du fonds lui-même. On le regarde comme un bien vacant, et à ce titre, en vertu de la *Lex Iulia de maritandi*, l'*aerarium* a pris l'initiative de le revendiquer, puis, à partir de Tibère, le fisc du prince. Depuis, le trésor a sa nature propre ; il a une individualité juridique qui empêche désormais sa confusion avec l'im-meuble dans lequel il est trouvé, et il préserve cette individualité jusqu'à sa découverte. Nous examinerons plus en détail cette importante question lorsque nous étudierons les règles relatives à l'attribution du trésor, et les principes juridiques qui s'y rapportent, car les conséquences directes que nous pouvons en tirer sont nombreuses et très importantes. Retenons simple-ment ce qui suit :

- Dans la période du principat, le trésor était une chose autonome ; le propriétaire du sol n'avait pas la possession, quand il n'en savait rien. Les Proculiens et les Sabinien étaient en accord sur ce point¹⁷⁷.
- La législation relative à la dévolution du trésor s'applique à tous les biens sans distinction, à la condition qu'ils aient été cachés ou déposés par la main de l'homme (il s'agit donc d'une union artifi-cielle).
- Le propriétaire doit être inconnu, cepen-dant ce n'est pas une *res nullius* (nous verrons que c'est important).
- Aucune autre condition n'est exigée (pré-ciosité, ancienneté...).

¹⁷⁵ En ce sens TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416 ; BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 238 ; KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 209 ; DAUVILLIER (J.), "Laparabole du trésor et les droits anciens", in *R.I.D.A.*, 1957, p. 109 ; APPLETON (C.), (*op. cit.* à la p. 99) p. 8.

¹⁷⁶ En désaccord VOCI (P.), *Modi di acquisito della proprietà*, Corso di diritto romano, Milan, 1952, p. 22, pour qui le texte de Paul mentionné au D 41.2.3.3 s'explique de deux façons : 1) Devenu propriétaire du fonds par usucapion, on devient propriétaire du trésor par accession. 2) Le propriétaire qui usucape le fonds, usucape par la même occasion le trésor qui est contenu dans ce fonds. D'après l'auteur cette seconde solution doit être celle de Brutus et Manilius.

¹⁷⁷ Paul D 41.2.3.3 *lib. 70. ad Edictum*.

§ 2) Détermination du principe juridique auquel se rattache l'invention des trésors

Nous avons noté que durant les derniers siècles de la République, le trésor était considéré comme l'accessoire du fonds dans lequel il était enter-ré. Le propriétaire du terrain était donc propriétaire du trésor par voie d'accession. Puis, au début de l'Empire, on appliqua au trésor les lois *Iulia de maritandi* (de 18 av J-C) et *Papia Poppae* (de l'an 9 ap. J-C). D'après ces lois, la capacité de recevoir un héritage ou un legs était enlevée aux personnes en âge d'être mariées et qui ne l'étaient pas. Et pour les époux sans enfant, la capacité d'acquérir pour cause de mort était restreinte. Tout ce qui ne pouvait pas être acquis d'après ces lois, tombait en déchéance dans le trésor public (les *bona caduca*). En outre, la *lex Iulia* ordonnait que les successions dont l'héritier ne pouvait être décelé (les *bona vacantia*) devaient être attribuées à l'*aerarium* (c'est-à-dire au trésor pu-blic)¹⁷⁸. Or, selon Bonfante, les trésors étaient comp-tés parmi les *bona vacantia*¹⁷⁹.

D'après ce dernier, certains vers de Calpurnius Siculus, écrits sous les premières années de Néron, nous décrivent l'Empereur ayant renoncé à cette prérogative¹⁸⁰. Mais cela dura peu et les empereurs reprirent leurs prétentions sur les trésors, considérés comme faisant partie des *bona vacantia*¹⁸¹.

Puis, une décision d'Hadrien¹⁸² trancha la question de l'attribution du trésor assez confuse avant lui, et posa les principes généraux, suivis depuis en cette matière.

¹⁷⁸ IG II.150.

¹⁷⁹ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 134 et s.

¹⁸⁰ En effet, dans la IVème Eglogue de Calpurnius, le Berger Amyntas, pour faire l'éloge de Néron, chante le couplet que voici :
 lam neque damnatos metuit iactare ligones, Fossor et invento, si sors dedit, utitur auro, Nec timet, ut nuper, dum iugera versat arator, Nec sonet offenso contraria vomere massa, lamque palam presso magis et magis instat aratro. "*Désormais, le fouilleur ne craint plus de manier à tour de bras son hoyau et, s'il a trouvé de l'or par hasard, il le conserve pour lui. Le laboureur n'a plus peur, comme c'était le cas récemment, quand il retourne ses guérets, que le heurt d'un lingot ne fasse résonner son soc ; aujourd'hui, c'est ouvertement qu'il appuie sur sa charrue pour l'enfoncer*". Calpurni Siculi, *Ecl.*, IV, v. 117-121 (*Baherens Poetae lat. min.*, III, p. 87). Ces vers indiquent que récemment (*nuper*) il existait une dispo-sition qui privait le laboureur de sa trouvaille éventuelle d'un trésor et que, par conséquent, les gens avaient peur de rencontrer une pareille bonne fortune. Mais cette disposition défavorable au cultivateur avait été abolie par Néron et c'est ce dont Amyntas loue l'Empereur. Bonfante (BONFANTE (P.), "La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro", in *mélanges Girard*, 1, 1912, p. 123-142) a, le premier, établi l'importance de ce texte de Calpurnius pour l'histoire du droit romain. A la suite d'une mauvaise compréhension de la tradition manuscrite, les philologues antérieurs à Bonfante avaient daté l'Eglogue du règne des empereurs Carus et Carinus. Bonfante, se fondant sur la datation proposée par M. Haupt (HAUPT, *De carminibus bucolicis Calpurnii et Nemesiani*, Berlin, 1854) pour les Eglogues de Calpurnius, a montré que le libéralisme dont l'Eglogue fait l'éloge est celui de l'Empereur Néron. L'éminent romaniste a supposé que les lois qui confisquaient au profit de l'Etat les trésors découverts en les considérant comme des *bona vacantia* étaient les *leges iulia* et *Papia* d'Auguste.

¹⁸¹ Nous n'insistons pas sur ce point, l'histoire des préten-tions fiscales sur le trésor nous étant brillamment retracée par BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 97-103.

I 2.1.39 : “*Thesaurus, quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis*”¹⁸³

Hadrien distingue trois hypothèses : l'inventeur a le droit de garder le trésor qu'il a trouvé dans son propre terrain¹⁸⁴. La découverte d'un trésor sur un terrain sacré ou religieux est traitée de la même manière, parce que ces lieux se dérobent au droit privé¹⁸⁵

¹⁸² Décision confirmée par une Constitution des empereurs Léon et Zénon (C 10.15.1 a.474). Voir à ce propos MAYER-MALY (T.), “Der Schatzfund in Justinians Institutionem”, dans : P.G. Stein - A.D.E. Lewis (éd.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, 1983, p. 109 et s., ainsi que WALDSTEIN., *ZZS. Rom. Abt.* 111, 1994, p. 26 et s.

¹⁸³ L'Historia d'Augusta évoque également cette décision : Hadrien 18.6 “*de thesauris ita cavit, ut, si quis in suo repperisset, ipse potiretur, si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco aequabiliter partiretur*”. Ces principes subsistèrent ; seule la quotité accordée au propriétaire du fonds fut modifiée ; en l'année 386, les empereurs Gratiens, Valentinien et Théodose 1er la réduisirent au quart, mais en 474, l'Empereur Léon la releva à la moitié, rétablissant ainsi la doctrine admise par Hadrien. Il semblerait cependant qu'en 315 un changement important soit intervenu avec une Constitution de Constantin mentionnée au C th. 10.18.1. Cette disposition attribue la moitié du trésor à l'inventeur (qui s'est spontanément dénoncé au fisc) et au fisc. Le droit écrit adopta également cette dernière solution et répartit le trésor en deux parts égales ; mais le droit coutumier en eut une différente. La féodalité avait en effet introduit en pays coutumier un élément nouveau, car le seigneur avait des pouvoirs et des droits dans les fiefs dominants presque égaux à ceux du roi. Aussi, la règle générale fut-elle le partage égal entre l'inventeur, le propriétaire du fonds, et le roi ou le seigneur, suivant que le territoire où avait été faite la découverte était soumis à la juridiction d'un seigneur ou à la juridiction royale. Lorsque l'inventeur était propriétaire du fonds, le partage se faisait par moitié entre lui et le roi ou le seigneur. Plus anciennement, les Etablissements de Saint-Louis portaient même : “*Nuns n'a fortune d'or, se il n'est roi, et les fortunes d'argent si sont aux barrons et à ceux qui ont grant justice en lors terre*” Liv. 1, ch. LXXXVIII, éd. Viollet, II, p. 152. Mais, par la suite, la suppression des droits régaliens et seigneuriaux avait fait disparaître les droits du roi et du seigneur. Les Etats modernes suivirent presque tous ces principes traditionnels ; presque tous les codes civils de l'Europe conti-nentale, comme par exemple le code civil français (article 716), le BGB allemand (§ 984) et le codice civile (article 932-al.2), de même que les Codes civils de l'Amérique latine comme par exemple l'article 607 du code Brésilien ; le code du Japon (article 241) et de la Corée (§254), disposent que, si un trésor est découvert dans un terrain étranger, une moitié appartient à l'inventeur et l'autre moitié au propriétaire du terrain.

¹⁸⁴ La règle est rationnelle et ne demande pas d'autres explications. Il nous suffit de rappeler que le propriétaire est absolument libre de fouiller son terrain pour y chercher un trésor (C 10.15.1 a. 474). Tandis que les textes posent comme condition du droit de l'inventeur sur la moitié du trésor trouvé dans le fonds d'autrui, une découverte faite par hasard (C 10.15.1 a. 474 ; I 2.1.39), cette condition n'est plus exigée lorsque l'inventeur est le propriétaire du fonds. Il peut d'ailleurs employer tous les moyens qu'il désire. Il est cependant interdit d'user de procédés magiques ; cette interdiction est décidée par l'Empereur Léon (C 10.15.1 a. 474), “*sine sceleratis, ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa*”.

¹⁸⁵ Ulpien D 8.5.1 lib. 4 ad Edictum : “*sepulchra autem nostri dominii no sunt*”. Mais pour que ce principe d'acquisition s'applique, il faut qu'il s'agisse d'un trésor au sens technique et non d'objets dédiés aux divinités. Pour plus de précision se reporter à KASER M., *ZZS. RA.* 95. 1978, p. 15, p. 34 et s., ainsi que KLINGENBERG, *RAC* 12, 1983, p. 590 et s.

. L'affirmation contenue dans la troisième phrase est cependant la plus importante pour notre propos. Celui qui trouve par hasard un trésor dans le terrain d'autrui, en garde la moitié¹⁸⁶ comme inven-teur¹⁸⁷, l'autre moitié allant au propriétaire du fonds¹⁸⁸. *"Il est très probable qu'Hadrien a établi ici une nouvelle solution. La mention de sa décision, dans l'Historia d'Augusta, est un argument en ce sens"*¹⁸⁹.

Remarquons qu'Hadrien, avant de prendre la décision que nous évoquons, a certainement dû être confronté à quelques hésitations, car il pouvait concevoir plusieurs solutions se réclamant de principes juridiques existants. Tout d'abord, le trésor devrait appartenir en entier à l'inventeur, car la chose trouvée est réputée n'avoir pas de maître, *"ut iam dominum non habeat"*. C'est ce que nous dit Paul¹⁹⁰ : *"Sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit"*. Le trésor appartient à celui qui le trouve parce qu'il

¹⁸⁶ Dans la deuxième partie de I 2.1.39, Justinien prévoit l'autre cas où l'inventeur trouve le trésor dans un fonds qui ne lui appartient pas ; chaque intéressé en a la moitié. Il n'est pas nécessaire de nous demander comment s'effectuera ce partage égal ; ce sont là des questions de pur fait qui ne peuvent intéresser le juriste.

¹⁸⁷ L'inventeur est celui qui a découvert le trésor auquel il a droit pour la moitié si sa trouvaille a été faite par hasard. Une fois remplie cette condition, il n'y a pas d'autres difficultés lorsque l'inventeur travaille seul et pour son propre compte, sur un terrain dont il est propriétaire, auquel cas il a le bénéfice total de sa découverte. Mais il peut se faire que l'inventeur soit l'ouvrier du propriétaire, qu'il travaille pour lui moyennant un salaire ; ne doit-on pas dire alors qu'étant sous la dépendance de son maître, le travail qu'il fait pour lui doit entièrement lui profiter ? Le propriétaire doit profiter de tous les résultats du travail de son préposé, c'est lui qui est présumé l'inventeur. Mais cela n'est pas la solution retenue par la législation romaine. En effet, l'Empereur Léon a prévu le cas où un ouvrier, étant l'inventeur, garderait la moitié du trésor. *"Quod si forte, cel arando, vel alias terram alienam colendo"* (C 10.15.1). Il est nécessaire de faire la distinction suivante : ou bien le propriétaire emploie son ouvrier à chercher un trésor dont il soupçonne l'existence, et la découverte lui profitera totalement ; ou il l'emploie à un travail quelconque, au cours duquel un trésor est découvert par pur hasard par l'ouvrier, celui-ci pourra alors se réserver la moitié accordée à l'inventeur. Dans les deux cas, l'ouvrier travaille pour le compte du propriétaire et le représente ; mais dans le premier, le travail consiste précisément dans la recherche d'un trésor, on peut donc considérer le propriétaire comme l'inventeur. D'ailleurs, il manque à l'ouvrier, pour que l'on puisse reconnaître son droit, la condition de hasard. Dans le second cas, la situation est toute différente. Certes, l'ouvrier travaille aussi pour le propriétaire, mais ce travail n'a pas pour but la découverte d'un trésor. C'est cette hypothèse que vise l'Empereur Léon ; l'ouvrier n'est pas employé et payé pour en rechercher, il ne représente donc pas le maître lorsqu'il fait sa trouvaille. Il doit donc en avoir le bénéfice, la découverte étant un fait complètement étranger à son travail. Or, le texte de Léon est formel ; si la condition de hasard est remplie, il donne la moitié du trésor à l'inventeur, même si celui-ci travaille pour le compte de son patron. Est-il nécessaire que le propriétaire ait fait connaître son intention de découvrir un trésor aux ouvriers, afin que ceux-ci sachent qu'on les emploie pour découvrir un trésor ? Selon nous, il importe peu que le propriétaire ait fait procéder aux travaux dans l'intention d'amener la découverte du trésor, si cette intention n'a pas été communiquée à l'inventeur. En effet, l'inventeur a sa part, dès lors qu'il ne travaille pas le sol dans le but spécial de découvrir un trésor. Cette solution découle directement des *Institutes* de Justinien : *"At si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito, invenerit, dimidium domino soli concessit"* (I 2.1.39). Cette décision est d'ailleurs rationnelle car on ne comprendrait pas que la législation de Justinien, qui s'est montrée si favorable à l'inventeur, refuse à l'ouvrier ce qu'il a découvert par l'effet de son travail et fortuitement ; il serait tout simple dans le cas contraire de s'attribuer par avance tous les trésors qu'un tiers aurait trouvés dans son terrain, celui-ci s'en trouverait alors brutalement privé dès que la chance l'aurait favorisé.

¹⁸⁹ KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 207. Voir à ce propos NÖRR (D.), "Ethik von jurisprudenten in sachen schatzfund", in *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 75, 1972, p. 11-15.

n'appartient pas à un autre ; c'est celui qui trouve le trésor, qui met en circulation cette richesse, qui sans son intervention, serait peut-être toujours restée enfouie. Cette thèse, qui accorde le tout à l'inventeur, ne peut se baser que sur le principe juridique de l'occupation¹⁹¹.

En sens complètement opposé, on attribuerait le tout au propriétaire du fonds où le trésor a été trouvé par autrui. Là aussi, on constate l'existence d'un principe juridique justifiant cette thèse ; c'est l'application du principe "*superficie solo cedit*" que nous avons longuement évoqué dans le premier chapitre de notre recherche. C'est d'ailleurs ce qui a

¹⁸⁸ Le propriétaire est celui qui a le *plenum dominium* ou la nue propriété. Il ressort de ces principes généraux que l'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit. Cependant, il faut s'entendre ; on envisage l'hypothèse du trésor qui serait découvert par un autre que l'usufruitier ; si celui-ci découvre lui-même un trésor dans le bien qui fait l'objet de son usufruit, il en aura certes la moitié à titre d'inventeur, mais il ne peut réclamer la propriété de l'autre moitié qui revient au propriétaire du fonds qui fait l'objet de l'usufruit (ces assertions ne sont confirmées par aucun texte, mais on peut raisonnablement les déduire des principes généraux du droit romain). Donc, l'inventeur doit la moitié du trésor au propriétaire du sol, mais que décider si le fonds n'appartient pas à une personne physique ? Si le trésor est trouvé dans un lieu public, il appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié à l'Empereur, au fisc ou à la ville propriétaire du *locus publicus*. C'est la décision que donne expressément les *Institutes* : "...Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis" (I 2.1.39). Mais quelle est la différence entre *locus Caesaris* et le *locus fiscalis* ? Sans doute, le premier est un bien patrimonial de l'Empereur, tandis que l'autre provient d'impôts, de confiscation, etc. Si le trésor est découvert dans un terrain ou un lieu religieux, le trésor appartient à l'inventeur, car ces lieux se dérobent au droit privé. "*Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit*" (I 2.1.39). Le propriétaire dont nous parlent les *Institutes* est évidemment la personne qui est propriétaire au moment de la découverte ; le trésor n'a d'existence juridique et de valeur que lors de sa découverte. Certes, il existait déjà auparavant, mais cette valeur latente était considérée comme n'existant pas (le droit de l'invention des trésors présente cette caractéristique de pouvoir être à l'état virtuel ou à l'état de réalisation (voir *supra* à la p. 149)) ; c'est l'idée qu'exprime fort justement Paul en ces termes : "*is enim qui nescit thesaurum in fundo esse, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat*". Les conséquences suivantes découlent directement de ce principe : le trésor trouvé par l'acheteur du fonds, même immédiatement après la vente, lui appartient ; le vendeur ne peut pas se prévaloir de cette découverte pour réclamer une augmentation de prix. Pour la même raison, nous devrions décider que l'acheteur dont l'achat se trouve annulé, à la suite d'un vice du consentement par exemple (l'*error* : Ulpien D 18.1.9 *lib.* 28. *ad Sabinum* ; Ulpien D 18.1.9.2 *lib.* 28. *ad Sabinum* ; le *metus* : Ulpien D 4.2.1 *lib.* 11. *ad Edictum* ; le *dolus* : Ulpien D 4.3.1.2 *lib.* 11. *ad Edictum*), ne garde pas tout le trésor qu'il a déjà découvert dans l'intervalle. Certes, la part qu'il a à titre d'inventeur lui reste, mais l'autre moitié doit être rendue au vendeur en même temps que la chose qui, faisant l'objet de la vente, maintenant résolue. De plus, ces dispositions s'appliquent quand l'inventeur ou le propriétaire ne sont pas pleinement capables : "*Si is qui in aliena potestate est thesaurum invenerit, in persona eius cui acquirit hoc erit dicendum, ut, si in alieno agro invenerit, partem ei adquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit...*" (Tryphoninus D 41.1.63. *pr. lib.* 7 *Disputationum*). D'après ce texte, si le trésor est découvert dans le terrain du père ou du maître, il lui acquiert en entier.

¹⁹⁰ Paul D 41.1.31.1 *lib.* 31. *ad Edictum*.

¹⁹¹ Pour les auteurs suivants, c'est à l'occupation que se rattache l'invention des trésors : KASER (M.), *Das römische Privatrecht*, I, C.H., München, 1975 ; TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416 ; VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 274 ; ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1886 p. 629. En désaccord BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 127 : "*non si dovrebbe concepire come una forma di occupazione o di acquisto di res nullius, e certamente per una parte (l'acquisto del proprietario) non è occupazione*".

été retenu avant que l'on dégage le principe de l'autonomie juridique du trésor ("*Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum...*"¹⁹²).

Face à ces deux solutions extrêmes, Hadrien a pris la décision médiane que nous connaissons encore aujourd'hui¹⁹³. Il a partagé le trésor entre l'inventeur et le propriétaire du terrain. Mais quel est le fonde-ment juridique de cette décision ? A quelle notion juridique générale peut-on la rattacher ?

R. Knütel nous expose une théorie. Selon lui, la solution que l'on retrouve dans les *Institutes* de Justinien serait une subtile combinaison du principe de l'occupation et de l'accession. En effet nous dit-il, nous avons affaire au conflit de deux principes (*accessio* et *occupatio*) qui avaient de bonnes raisons de s'appliquer et qui, en ce qui concerne la découverte d'un trésor, avaient déjà été reconnus dans la tradi-tion juridique : d'un côté, l'acquisition par le pro-priétaire du sol en application du principe *accessio cedit principali*, et de l'autre, l'acquisition par l'inventeur occupant. En face d'un tel arrière-plan, dans lequel les arguments pour les deux solutions sont à valeur égale, il est conforme à la *naturalis aequitas* d'attribuer aux deux intéressés leur part. Selon R. Knütel, les romains ont sù écarter ces deux prin-cipes au profit d'une solution médiane inspirée par le bon sens¹⁹⁴ ; solution qui nous est transmise par les *Institutes* : l'inventeur qui découvre un trésor sur le terrain d'autrui en garde la moitié au titre de l'oc-cupation, l'autre moitié étant attribuée au pro-priétaire du fonds au titre de l'accession.

Or, selon nous, Hadrien n'a pas pu concevoir que l'occupation convienne à l'invention des trésors. Certes l'occupation est un moyen d'acquérir la pro-priété d'une chose par le seul fait de l'appréhension de cette chose, dans l'intention de se l'approprier ; mais c'est aussi une naissance de propriété, sans extinction d'une propriété antérieure. Il faut, pour qu'il y ait naissance de propriété, que le propriétaire ne soit le successeur de personne ; sinon, il n'y a qu'acquisition, aliénation, transmission de propriété, et non naissance. Or, avons-nous dit, le trésor a un propriétaire, simplement celui-ci est inconnu¹⁹⁵.

Cet argument, qui va à l'encontre de l'acqui-sition du trésor par voie d'occupation, nous est bien avancé par R. Knütel, mais selon lui "*cela ne justifie pas un rejet de ce principe*". Peut-être pas, mais d'autres objections peuvent être faites : l'occupation nécessite deux éléments : le *corpus* (élément matériel exprimé par la relation de contact corporel entre la chose et son possesseur) et l'*animus* (élément inten-tionnel qui fait que la maîtrise effective de la chose est aussi l'expression d'une volonté de la dominer)¹⁹⁶ ;

¹⁹² Paul D 41.2.3.3 lib. 70. ad Edictum.

¹⁹³ Voir en droit positif l'article 716 CC.

¹⁹⁴ KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 187-214.

¹⁹⁵ En ce sens GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Paris, 1998 : "*l'acquisition du trésor n'est pas un cas d'occupation car le trésor à un propriétaire*".

¹⁹⁶ BUCKLAND (W.), "Le constitut possessoire ; *animus* et *corpus*", in *R.H.D.*, 1925, p. 355-381 ; PIERPAOLO, "*Possessio e animus*", *Publicazione della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara*, Milan, 1977.

or, l'un d'eux peut faire défaut lors de la découverte d'un trésor ; le *corpus*, n'est plus exigé ici, il n'y a pas besoin de prise de possession, il suffit de sa découverte¹⁹⁷, car ce n'est pas à l'occupant mais à l'inventeur qu'est accordée l'acquisition¹⁹⁸. C'est ce que nous dit Paul au D 41.1.31.1 *lib. 31. ad Edictum* : "*Fit eius qui invenerit*" ; ou encore Tryphoninus au D 41.1.63.1 *lib. 7. Disputationum*¹⁹⁹ : "*inventori cedit*" ; ou enfin Justinien aux I 2.1.39 "*inventoris esse*".

L'inventeur est celui qui le premier trouve le trésor, c'est-à-dire qui l'a rendu visible. Il ne suffit pas de l'avoir aperçu le premier ; si c'est un autre qui a rendu le trésor visible, il en est l'inventeur, alors même qu'il ne l'aurait pas possédé. Par conséquent, d'après ces textes, l'inventeur acquiert son droit par sa découverte même, quand bien même d'autres le devanceraient dans la prise de possession²⁰⁰, car ce n'est pas à l'occupant mais à l'inventeur qu'est accordée l'acquisition.

Cela n'est pas conforme au principe de l'occupation qui exige l'appréhension matérielle de la chose, ou tout au moins que cette chose soit au pouvoir de celui qui a la volonté de se l'approprier, l'appréhension étant le fait par lequel on obtient la possibilité actuelle et exclusive d'agir matériellement sur une chose. Mais il ne faut pas s'en étonner. La législation romaine accorde un droit, non pas à l'occupant, mais à l'inventeur ; le trésor est "*donum fortunae*"²⁰¹ ; c'est à celui qu'il a favorisé qu'il doit appartenir²⁰².

L'occupation ne peut réellement fonctionner que pour les *res nullius* : le gibier, le poisson ou les *res derelictae* ; et nous avons vu dans le développement consacré à la définition du trésor qu'il y a une différence entre le trésor et les autres choses qui font l'objet du droit de l'occupation (*res nullius et res derelictae*) ; celles-ci n'appartiennent véritablement à personne tandis que le propriétaire du trésor existe même s'il est inconnu.

Ainsi, nous affirmons que le principe de l'occupation ne convient pas juridiquement à

¹⁹⁷ En ce sens BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 239 : «...l'acquisto non deriva da occupazione poichè avviene non con la presa di possesso, che è necessaria per l'occupazione, ma con la semplice inventio, cioè col solo fatto dello scoprimento...» ; GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Paris, 1928, p. 331.

¹⁹⁸ Pour BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 150, "*si adduce la terminologia costante delle nostre fonti : ivi si parla sempre di un invenire, di un reperire, l'acquisto è detto inventio, l'acquirente inventor : esso è qualificato Dei beneficium, un donum fortunae : giammai si richiede l'occupatio*". Dans le même ordre d'idée SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 53 : "...poichè in queste non si trova mai applicata a questo caso la parola occupare, ma sempre la parola invenire o reperire, e cio tanto nei testi dei giureconsulti classici, quanto nelle costituzioni degli imperatori dell'epoca più tarda. Ora, essi dicono, questa terminologia, che si deve considerare tecnica, ci dimostra che non siamo in un caso di occupazione".

¹⁹⁹ Pour plus de précision sur ce fragment se reporter à SCHULZ (F.), "Fr. 63 D. 41,1 zur Lehre vom Schatzerwerb", in *Z.S.S.*, 35, 1914, p 94 et s.

²⁰⁰ En ce sens GIRARD (P.F.), *Manuel (op. cit. à la p. 137) p. 331.*

²⁰¹ Tryphoninus D 41.1.63.1 *lib. 7. Disputationum.*

l'inven-tion des trésors. Mais nous affirmons aussi que le fait qu'Hadrien n'ait pas tenu compte de l'occupation comme principe juridique justifiant les solutions relatives à l'invention des trésors, est confirmé par les textes, car une autre objection va à l'encontre de l'applica-tion de ce principe.

Nous avons vu que celui qui a trouvé un trésor n'a droit à sa part que lorsqu'il l'a trouvé par un cas fortuit ; et si quelqu'un a fait des fouilles dans un champ sans le consentement du propriétaire, et qu'il en trouve effectivement un, Léon ordonne qu'il n'aura pas droit à sa part, parce qu'il ne peut pas retirer un profit d'un acte qu'il a commis sans le consentement du maître²⁰³. Cependant, celui qui chasse sans le consentement du propriétaire du fonds, n'en acquiert pas moins la propriété du gibier qu'il a tué²⁰⁴ ; les principes de l'occupation permettent au premier occupant de s'emparer d'une chose qui n'a pas de propriétaire. On constate donc que ce qui est permis pour le principe de l'occupation ne l'est pas pour l'invention des trésors.

Enfin, si Hadrien avait pensé appliquer les principes de l'occupation plutôt que ceux de l'accès-sion, ce n'est pas seulement la moitié, mais la tota-lité du trésor qu'il aurait dû attribuer à l'inven-teur²⁰⁵, comme la législation accorde au chasseur la pleine propriété du gibier qu'il tue sur le fonds d'autrui. Il n'y a selon nous absolument aucune raison pour

²⁰² Ces principes vont nous servir à résoudre une question qui n'est pas expressément prévue par les textes mais qui a dû se présenter souvent en cas de découverte d'un trésor. Lorsque plusieurs personnes travaillaient ensemble sur un chantier, des contestations ont dû souvent s'élever pour savoir quel était l'inventeur du trésor découvert ; plusieurs ont dû élever des prétentions sur l'objet. Devait-on alors considérer que le trésor devait être partagé entre tous, car tous étaient employés à un travail commun, à édifier par exemple ou à démolir une cons-truction ? Nous ne le pensons pas, Justinien nous dit lit-téralement : *"At si quis in alieno loco, non data hac opera, sed fortuito invenerit : dimidium domino soli concessit, et dimidium inventor"* (I 2.1.39) ; c'est celui qui a trouvé le trésor qui a le droit à la moitié du trésor, c'est-à-dire celui dont le travail direct a mis à découvert le trésor ; c'est celui dont le coup de pioche, par exemple, a mis le premier à découvert le trésor ; les ouvriers qui travaillaient à côté de l'inventeur, fût-ce au même endroit, n'auront aucun droit. Seul l'inventeur a été favorisé par la *"Dei beneficium"* (C 10.15.1).

²⁰³ Une condition formelle est posée par la législation romaine. L'inventeur, pour avoir droit à la moitié du trésor, doit l'avoir découvert par le plus pur effet du hasard. Cela nous est annoncé par la Constitution de l'Empereur Léon : *"In alienis vero terrulis nemo audeat invitis, immo nec volentibus vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari... Quod si forte vel arando vel alias terram alienam colendo vel quocumque casu, non studio perscrutendi..."* (C 10.15.1). Si quelqu'un avait fait, sans le consentement du propriétaire, des fouilles dans un champ pour y chercher un trésor, et qu'il en eût effectivement trouvé un, le texte que nous venons d'évoquer ordonne qu'il n'y aura dans ce cas aucune part, parce qu'il ne doit pas retirer un profit d'une faute qu'il a commis, en faisant des fouilles dans le champ d'autrui, sans le consentement du propriétaire. L'exigence de cette condition est rationnelle ; ou bien celui qui a fouillé dans le fonds d'autrui dans le but de découvrir un trésor en avait reçu l'ordre du propriétaire, il en était l'ouvrier ; il est naturel qu'il en ait aucune part, agissant pour le compte d'autrui ; ou bien c'est un tiers qui est venu fouiller sans l'assentiment du propriétaire, et le droit de propriété exige qu'on ne le fasse pas bénéficier de son acte qui est une violation de ce droit de propriété. Par cette disposition, l'Empereur Léon a certainement voulu éviter que se développe une véritable industrie de chercheurs de trésors ; la législation romaine s'est montrée sévère à leurs égards en leur ôtant la moitié du trésor découvert ; ils étaient même punis : *"Quod si nobis super hoc aliquis crediderit supplicandum aut praeter huius legis tenorem in rimae puniatur"* (C 10.15.1). Il est évident que la part qui est retirée à l'inventeur va de droit au propriétaire du terrain *"cum locorum dominiatur"* car il est naturel que le droit du propriétaire reprenne toute sa plénitude.

²⁰⁴ I 2.1.13. et Gaius D 41.1.5.1 lib. 2. *Rerum cottidianarum sive aureorum*.

attribuer une part du trésor au propriétaire du fonds, car seul l'inventeur a permis de mettre en circulation cette richesse qui serait certainement restait enfouie.

Pour appuyer sa thèse, R. Knütel avance un autre argument. Selon lui, plusieurs sources littéraires du temps de la République et surtout du début du Principat, parlent en faveur du trésor appartenant à son inventeur. Il avance le texte suivant : "*O si urnam argenti fors quae mihi monstret, ut illi, thesauro invento qui mercennarius agrum illum ipsum mercatus aravit, dives amico Hercule !*"²⁰⁶.

Selon R. Knütel, "*Horace a donc dû partir du principe qu'un trésor, même trouvé dans le terrain d'un autre, appartenait à l'inventeur*". D'après nous, cet argument n'en est pas un. La réforme que nous étudions est une réforme d'Hadrien qui est largement postérieure à Horace. Ce texte voudrait donc simplement dire qu'à une certaine époque, le trésor trouvé appartenait à l'inventeur, mais cela n'était certainement pas le cas sous Horace (65-8 av J-C). Nous savons en effet qu'à la fin de la République, le trésor n'était pas dévolu à l'inventeur mais au propriétaire du sol²⁰⁷, puis au début de l'Empire on appliqua au trésor les lois *Iulia de maritandi* (de 18 av J-C) et *Papia Poppae* (de l'an 9 ap. J-C). Mais, faut-il le rappeler, Horace était poète et non juriste.

Par conséquent, la part qui est attribuée à l'inventeur ne peut l'être au titre de l'occupation, mais il ne faut pas s'en étonner, car nous affirmons que les principes de l'occupation n'ont pas précisément à régir les règles relatives à la dévolution du trésor. En est-il de même pour le droit d'accession ? Comparons ces deux Institutions.

L'invention des trésors, tout comme l'accession définitive, tels qu'ils nous sont présentés par la législation romaine, nous offrent comme résultat l'extinction d'un droit de propriété. La propriété de la chose accessoire périt au profit du propriétaire du principal ; pour l'invention des trésors, c'est le droit de propriété du propriétaire inconnu qui disparaît. Pour l'un comme pour l'autre, il y a extinction du droit de propriété au profit d'une personne, en l'occurrence le propriétaire du principal pour l'accession et le trésor, lorsqu'il est découvert par ce même propriétaire. Cela est conforme au principe "*superficie solo cedit*" déjà évoqué dans la première partie de notre recherche. Lorsque le trésor est

²⁰⁵ En accord avec cela BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 239.

²⁰⁶ Horace, Satire 2,6,10-13 : Oh, si un coup de chance me montrait une cruche remplie d'argent comme à celui qui, avec le trésor qu'il trouva lorsqu'il était valet, s'acheta le champ pour le cultiver, devenu riche de par la grâce d'Hercule ! Ce texte nous est rapporté par KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 210-211 ; d'après la traduction allemande de Rudolf Helm, *Q. Horatius Flaccus, Satiren und Briefe*, 1972 p 174-175. Sur ce texte voir encore HUBAUX (J.) et HICTER (M.), "Le fouilleur et le trésor", in *R.I.D.A.*, 1949, p. 425-426. Voir aussi Plaute, *Trin.* 177 sq. Ainsi que Pétrone, Satyr. 88.8 ; Perse, Satires 2.10 sq ("*o si sub rastro crepet argenti mihi seria dextro Hercule !*"). Oh, si seulement Hercule, le porte-bonheur, pouvait faire en sorte qu'une cruche pleine d'argent, se rompit sous ma pioche). Sur ceci voir BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 132 et s., KARLOWA (O.), *Röm. Rechtsgeschichte*, T. 2, 1901, p. 431.

²⁰⁷ Cf *infra* : D'après Brutus (préteur en 142 av. J-C) et Manilius (consul en 148 av J-C), le trésor faisait partie intégrante du terrain (D 41.2.3.3). Tous les auteurs sont unanimes sur ce point (TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 416 ; BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 238 ; KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 209 ; DAUVILLIER (J.), "Laparoque du trésor et les droits anciens", in *R.I.D.A.*, 1957, p. 109 ; APPLETON (C.), (*op. cit.* à la p. 99) p. 8).

découvert par l'inventeur, la moitié revient au propriétaire du principal, l'autre revient à l'inventeur.

Or, nous l'avons noté, pour l'occupation il ne peut pas y avoir extinction d'un droit de pro-priété ; il ne peut y avoir qu'une naissance de propriété, car elle ne fonctionne véritablement que pour les *res nullius*. Le droit d'accession est par conséquent "mécaniquement" plus proche de l'invention des trésors que ne l'est l'occupation.

Mais s'il en est ainsi, est-ce à dire qu'Hadrien a pensé avant tout à appliquer ici les prin-cipes de l'accession plutôt que ceux de l'occupation ? Nous pensons que oui. Nous savons qu'il a partagé par moitié le trésor donnant l'une à l'inventeur, l'autre au propriétaire du fonds ; comme leurs droits ne sont guère conciliables et qu'ils ne peuvent se recommander des mêmes principes, on peut se demander s'il n'y en a pas un qui a pour fondement les règles du droit, tandis que l'autre ne serait qu'une exception admise à ces principes par faveur pour son bénéficiaire. Ce que nous voulons dire, c'est que les rédacteurs des *Institutes* ont cherché avant tout à réaliser l'idéal qu'ils croyaient préférable ; et en donnant la moitié du trésor à l'inventeur, la législation romaine a ainsi dérogé au droit d'accession par équité.

La preuve de la préférence de la législation pour le droit d'accession est que le trésor appartient intégralement au propriétaire du fonds lorsque l'inven-teur étranger a fouillé ce fonds dans l'intention de découvrir un trésor, car dans ce cas, la condition de hasard fait défaut et elle est formellement exigée par le droit romain. D'après sa nature, le trésor est un véritable don de fortune ("*donum fortunae*"²⁰⁸) ou, comme le dit l'Empereur Léon, un bienfait des dieux "*dei beneficium*"²⁰⁹. La législation romaine pense qu'il est légitime de faire participer l'inventeur à ce bénéfice, dû à une faveur du hasard, et lorsque la condition de hasard fait défaut, le droit d'accession reprend toute sa plénitude, et seul le propriétaire du fonds est propriétaire du trésor trouvé.

Nous dirons donc que si la législation romaine attribue à l'inventeur étranger la moitié du trésor trouvé par le pur effet du hasard, ce n'est là qu'une espèce de transaction législative fondée sur l'équité.

Cependant, la nature juridique du trésor est d'être une chose essentiellement distincte, ayant une individualité propre, dont le caractère diffère de celui de la chose dans laquelle il se trouve. Ainsi, peut-on dire que le trésor ne peut pas être un accessoire du fonds ? Cet argument ne nous semble pas être très probant. Nous avons vu que Paul considère le trésor comme une chose distincte du fonds et de ce fait, il n'approuve pas l'usucapion du terrain avec le trésor²¹⁰. Mais ce même jurisconsulte nous rapporte aussi que le possesseur d'une maison ne possède pas et n'usucape pas les matériaux dont elle se compose : "*Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit* :

²⁰⁸ Tryphoninus D 41.1.63.1 *lib. 7 Disputationum*.

²⁰⁹ C 10.15.1 a.474.

²¹⁰ D 41.2.3.3 *lib. 70 ad Edictum*.

*nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat*²¹¹. Pourtant, nous savons que les matériaux sont les accessoires de l'édifice : *"Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus, vel vincis junctum, neque vindicare..."*²¹². Ce texte de Paul semble donc prouver que l'autonomie juridique d'une chose n'empêche en rien l'application du droit d'accession (il s'agit d'une autre similitude entre l'invention des trésors et les autres hypothèses d'accession)²¹³.

D'ailleurs Ulpien au D 24.3.7.12 *lib. 31 ad Sabinum* démontre clairement que le trésor est considéré comme un accessoire du fonds²¹⁴ : *"...Sed et si vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus : in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur quasi in alieno inventi"*. Si le mari découvre un trésor sur un fonds dotal, il doit en restituer la moitié à sa femme, au père ou aux héritiers de celle-ci, selon les règles établies pour la restitution de la dot. Il jouira de la totalité du trésor durant le mariage ; à la dissolution, s'il y a lieu, à la restitution de la dote, il gardera la moitié qu'il a acquise comme inventeur et restituera l'autre moitié au propriétaire du fonds, c'est-à-dire à sa femme. En arrière-plan, se trouve l'idée compensatoire suivante : puisque la femme, en vue de l'*actio rei uxoriae*, supporte le risque d'une détérioration, voire d'une perte de terrain, il est équitable qu'elle bénéficie aussi des avantages²¹⁵.

En réalité, le trésor est une chose distincte du fonds jusqu'à sa découverte, car la découverte est le fait générateur qui déclenche la perte de l'individualité juridique. Le droit de l'invention des trésors présente donc ce caractère particulier de pouvoir exister même ignoré par les intéressés. Pendant tout ce temps, ce droit ne peut pas, bien entendu, avoir d'effets, car ceux-ci exigent, pour exister, la mise en action préalable du droit par les parties, et cette mise en action se fait par la découverte du trésor.

Tant que l'existence du trésor reste ainsi ignorée, les effets du droit de l'invention des trésors sont en sommeil, et nous pouvons dire que ce droit est à l'état virtuel. Pendant cette période, le trésor reste autonome par rapport au fonds dans lequel il est enfoui, et cela jusqu'à sa découverte. Dès l'instant où l'une ou l'autre des parties intéressées le découvre (le propriétaire du fonds ou un tiers), ils s'aperçoivent que l'état nouveau a créé un rapport de droit ; ses effets apparaissent, et le droit est à l'état de réalisation.

²¹¹ Paul D 6.1.23.7 *lib. 21. ad Edictum*. En ce sens également Paul D 41.2.30 *lib. 19 ad Sabinum* : *"Qui universas aedes possidet, singulas res quae in aedifico sunt, non videtur possidere"*. Quand on possède la totalité d'un édifice, on n'est pas censé pour cela posséder les différentes parties qui composent l'édifice.

²¹² Ulpien D 47.3.1 *lib. 37 ad Edictum*.

²¹³ Nous soutiendrons ultérieurement que dans de nombreuses hypothèses d'accession (malgré l'acquisition de l'ensemble par le propriétaire de l'objet principal), l'adjonction n'entraîne pas la perte de l'individualité juridique de l'objet accessoire.

²¹⁴ C'est également l'opinion de KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 211, et de WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 9ème éd., Francfort, 1906, p. 710, n° 10.

²¹⁵ Voir à ce propos KNÜTEL (R.), *Von Landanschwemmungen und Schätzen*, Festschr., Hübner, 1984, p. 567 et s.

Ainsi, il existe deux périodes : dans la première, le droit de l'invention des trésors est à l'état virtuel ; dans la seconde, à l'état de réalisation. Cela se traduit par l'extinction de la propriété chez l'un et la création de la propriété chez l'autre. Ces opérations se font simultanément mais sont indépendantes l'une de l'autre. L'extinction de la propriété se fait par la perte de l'individualité primitive, et la perte de cette individualité permet l'acquisition de la propriété du trésor par accession. Ce principe est d'ailleurs valable pour toutes les hypothèses d'accession définitive, car avant que la chose accessoire soit jointe ou unie à la chose principale, elle était bien distincte de cette dernière.

Il ne suffit pas non plus de dire que l'acquisition du propriétaire est une acquisition *lege* ; jamais nous n'avons pu nous résoudre à faire de ce mode un genre spécial d'acquisition. Toutes les acquisitions ne sont-elles pas faites *ex lege* ? Ce qu'il faut se demander c'est en vertu de quelle loi ? Une réponse nous est donnée par Bonfante qui est d'avis que la décision d'Hadrien s'explique par les lois *Iulia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppae*²¹⁶, qui ont attribuées les *bona vacantia* au trésor public²¹⁷. Celui qui dénonçait l'existence de tels *bona* recevait une prime²¹⁸. Selon l'opinion de Bonfante, le trésor était compté parmi les *bona vacantia*, et la moitié du trésor qu'Hadrien attribuait à son inventeur était l'équivalent de la prime attribuée au délateur. Cet argument nous paraît également discutable. Nous savons qu'Hadrien a renoncé à cette prétention sur les trésors, et on ne voit pas sur quel fondement ce dernier aurait attribué la part de l'inventeur. L'idée qu'il y ait une acquisition *lege* est incomplète à notre avis. Sans doute, c'est en vertu de la loi que l'inventeur acquiert une part du trésor ; mais sur quel fondement la loi lui attribue-t-elle cette part ? Voilà le point à décider.

Ces discussions faciliteront beaucoup l'examen de notre seconde hypothèse, la plus simple d'ailleurs. Un personnage seul se trouve ici en jeu. Il réunit les deux qualités d'inventeur et de propriétaire et la législation ne pouvait que lui accorder la totalité de sa découverte. La raison commandait donc cette solution, mais sur quels principes juridiques se sont basés les jurisconsultes romains ? Comme précédemment, au titre du droit d'accession ; c'est là une conséquence logique de ce que nous venons d'exposer. La Constitution d'Hadrien n'accorde la moitié du trésor au propriétaire du fonds que lorsqu'il n'est pas l'inventeur, par dérogation équitable aux principes de l'accession. Lorsque ce dernier réunit les deux qualités de propriétaire et d'inventeur, il est normal que la législation lui accorde entièrement le bénéfice de sa découverte.

Enfin, il nous reste à examiner la dernière hypothèse : il peut arriver qu'un trésor soit découvert *fortuito* sur un terrain sacré ou religieux. Ce terrain, on le sait, n'appartient à personne : "*nullius sunt res sacrae et religiosas et sanctae : quod enim divini iuris est, id*

²¹⁶ BONFANTE (P.), *Scritti* (op. cit. à la p. 99), p. 904 et s ; id CORSO (op. cit. à la p. 26), p. 134. En accord avec lui HILL (G.), (op. cit. à la p. 102) p. 19 et s.

²¹⁷ Voir *infra* p. 124.

²¹⁸ En effet, l'Etat suscite au propriétaire du terrain un concurrent éventuel en la personne de l'inventeur, et stimule par là même le zèle des chercheurs (cf. sous la Révolution française, la prime de dénonciation des pseudo-trésors cachés par les familles aristocratiques). En ce sens OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J.), *Droit Romain et ancien droit*, les biens, Paris.

*nullius in bonis est*²¹⁹. L'ancien droit appelait *sacrae* les choses consacrées aux dieux supérieurs, et *religiosae* les choses abandonnées aux dieux Mânes. Sous Justinien, sont *res sacrae* les choses consacrées à Dieu *rite et per pontifices* ; sont *religiosi* les terrains où l'on a déposé un mort. Quant aux *res sanctae*, c'étaient les murailles et les portes des villes.

Hadrien laisse à l'inventeur la totalité du trésor trouvé dans un terrain sacré ou religieux : *idemque statuit*, dit Justinien après avoir parlé du droit du propriétaire sur le trésor trouvé dans son propre terrain, "*si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit*"²²⁰. A quelle notion juridique générale peut-on rattacher cette attribution ?

Nous avons vu que le trésor ne s'acquiert pas par occupation, car il y a acquisition, aliénation, transmission de propriété, et non naissance. De même, le *corpus* fait défaut lors de la découverte. Alors, dans cette troisième hypothèse, il ne peut être question que d'une variété d'occupation, ce que l'on appelle l'invention. C'est donc le terme juridique exact qui convient à la découverte des trésors sur un terrain sacré ou religieux²²¹.

Ainsi, la dévolution du trésor n'est pas régit uniquement par le droit d'accession. Cela explique pourquoi les dispositions relatives à l'invention des trésors ne sont pas insérées dans les fragments du Digeste et des *Institutes* se rapportant habituellement à cette institution.

²¹⁹ I 2.1.7.

²²⁰ I 2.1.39.

²²¹ Pour BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 239, l'acquisition du trésor ne dérive ni de l'accession, ni de l'occupation. Selon cet auteur, il s'agit d'un mode d'acquisition autonome : "*Dubbe sono la natura e le modalità dell'acquisto da parte sia del dominus che dell'inventor. In ordine a quest'ultimo, l'acquisto non deriva da occupazione poichè avviene non con la presa di possesso, che è necessaria per l'occupazione, ma con la semplice inventio, cioè col solo fatto dello scoprimento ; i testi parlano di invenire, di inventio, di inventor, e non di occupare ; inoltre se si trattasse di occupatio, si dovrebbe ammettere che l'inventor acquisti tutto il tesoro e sorga a suo carico l'obbligazione di darne metà al dominus, mentre a favore di questi si determina senz'altro l'acquisto della metà, come dichiara D 49.14.3.10 : si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aequae partem fisco vindicari. In ordine all'acquisto del dominus, non si tratta di accessione, poichè, se così fosse, egli sarebbe proprietario del tutto ed obbligato a dare metà all'inventor, mentre l'acquisto a favore dell'inventor avviene immediatamente. E' da ritenere quindi che la inventio sia il fatto giuridico che determini senz'altro l'acquisto tanto a favore dell'inventor che del dominus ; si tratta cioè di un modo di acquisto autonomo, diverso tanto dall'accessione che dall'occupazione*".

Deuxième Partie : EFFETS DE L'ACCESSION ET LEURS JUSTIFICATIONS JURIDIQUES EN DROIT ROMAIN

En apparence, il arrive que dans les différentes hypothèses d'accession, la chose d'une personne n'ayant été unie et incorporée à la chose d'une autre personne, l'un des propriétaires perde sa propriété. Si la propriété est perdue pour l'un, il semble qu'elle soit acquise pour l'autre. Ainsi, il apparaît légitime d'admettre que l'accession est un moyen d'acquérir la propriété.

Telle était la solution admise par les anciens commentateurs du droit romain, dont l'opinion fut fort brillamment exposée par Ortolan²²² lors de la célèbre controverse qui l'opposait à Du Caurroy sur cette question. Quels étaient les arguments invoqués ?

Ortolan affirme, qu'au point de vue historique, *“cette cause d'acquisition existe et qu'elle est reconnue dans la législation romaine, quoiqu'elle n'y soit pas érigée en mode...”*. Il démontre qu'au point de vue philosophique ce mode existe également. Le

²²² ORTOLAN (M.), *Explication Historique des Institutes*, 8ème éd., T. 2, Paris, 1870, p 265 et s.

savant romaniste s'attache à démontrer que la maxime "*accessio cedit principali*" reçoit son application dans tous les contrats, et même dans les legs²²³. L'accessoire y est, en effet, toujours compris avec le principal dont il suit le sort, sauf disposition contraire. Si les parties, dit-il, "*révoquent la disposition ou le contrat quant au principal, elles ont également révoqué quant à l'accession. Et même dans un grand nombre de cas, quoique ce ne soit pas tout, si le principal vient à périr, la disposition ou le droit s'éteignent aussi à l'égard des accessions*".

Cela est vrai pour les legs : "*Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum princi-pales res peremptae fuerint*"²²⁴. La même expression et la même maxime, ajoute-t-il, se trouvent encore lors-qu'il s'agit non pas de contrats, mais bien de conséquences de la propriété ou de son acquisition. C'est dans ce sens que Gaius dit "*omne quod inaedificatur solo cedit*" et dans les *Institutes* sous une forme plus générale : "*superficie solo cedit*"; et ailleurs pour les plantes : "*plantae quae terra coalescunt solo cedunt*"; pour l'écriture : "*litterae quoque, licet aureae sint, chartis membranisque cedunt*"²²⁵. Quant à Paul, il est également l'auteur d'énonciations générales "*necesse est ei rei cedit, quod sine illa esse non potest*"; "*Quaecumque aliis iuncta, sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohererent, dominus vindicare non potest*"²²⁶. Tout cela, nous dit-il, laisse hors de doute que la règle générale et naturelle "*accessio cedit principali*" était reçue et proclamée par les romains en termes identiques, aussi bien en matière de propriété qu'en matière de contrat.

Ortolan aborde ensuite le point délicat sans lequel il n'y a pas acquisition. Il se demande si cette maxime pouvait faire acquérir à une personne la propriété d'une autre. Bien que les effets, dit-il, "*ne fussent pas toujours les mêmes dans les différents cas, loin de ne trouver aucun texte pour l'affirmative, en voici un du jurisconsulte Paul, qui s'exprime à ce sujet dans des termes qu'il est impossible de rendre plus clairs* : "*In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praevalentiam alienam rem trahit, meanque effecit, si eam rem vindicem per expectionem doli cogar pretium eius quod accesserit dare*"²²⁷. Dans tous les cas, ma chose par prédominance entraîne la chose d'autrui et la fait mienne. "*Il est impossible d'exprimer plus énergiquement la prédominance de la chose principale, l'absorption de la chose d'autrui et la propriété qui m'en est transférée*".

Ortolan en conclut que la réunion d'une chose en qualité d'accessoire à une autre

²²³ Ulpien D 34.2.19.1 et D 34.2.19.2 lib. 20. ad Sabinum.

²²⁴ Gaius D 33.8.2 lib. 18 ad Edictum provinciale.

²²⁵ Gaius D 41.1.7.10 lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum ; Gaius D 41.1.9.pr. et D 41.1.9.1 lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum ; IG II.73.

²²⁶ Paul D 6.1.23.3 et 5 lib. 21. ad Edictum. On peut également ajouter un autre fragment de ce même jurisconsulte mentionné au D 41.1.26.1 lib. 14. ad Sabinum : "*Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset : in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statucae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum : tota enim eius sunt, cuius ante fuerant*".

²²⁷ Paul D 6.1.23.4 lib. 21. ad Edictum.

était admise en droit romain, comme cause d'acquisition en certains cas, même à l'égard des choses appartenant déjà à autrui.

Cette opinion semblait définitivement admise jusqu'à la fameuse intervention de Du Caurroy qui a étudié puis contesté que le droit d'accession présentait bien ce caractère en droit romain : *"jusqu'à ce jour, on a tout expliqué par une théorie fort simple : elle consiste à dire que dans les cas où un objet s'accroît, s'étend, se modifie par l'adjonction d'un autre objet, il faut décider quelle est la chose principale, quelle est la chose accessoire, et décider que la seconde est par cela seule acquise au maître de la première, en vertu de cette maxime, accessorium sequitur principale... L'accession, j'en suis convaincu, ne transmet point à une personne la propriété d'une autre"*²²⁸.

Cette constatation peut apparaître particulièrement étonnante quand on sait que dans certains cas le rapprochement est définitif. Ces hypothèses nous offrent toutes comme résultat une absorption irrémédiable, adjonction organique qu'il est impossible physiquement de faire cesser. Dans ce cas, l'un a perdu sa chose parce qu'elle a cessé d'être ce qu'elle était ; l'autre l'a acquise, parce qu'elle est devenue partie intégrante de la sienne. Il ne reste plus qu'à régler les droits pour l'indemnité. La règle semble rationnelle et ne devrait pas demander d'autres explications.

Pourtant, si Du Caurroy fut le premier à rejeter l'idée d'une acquisition par accession en droit romain, la position de l'éminent romaniste n'est pas restée isolée.

Une doctrine d'une ingéniosité plus subtile soutient en effet que les hypothèses d'accession définitive ont toutes pour effet d'entraîner l'extinction et non pas la transmission d'un droit de propriété, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire intervenir l'idée d'une acquisition par accession. S'il n'y a pas acquisition c'est que cette institution *"appare ai romani come sviluppo od incremento della cosa piuttosto che nuovo acquisto del dominio"*²²⁹.

Lorsque deux choses d'importance différente sont réunies, il n'y a pas deux choses juridiquement distinctes, il n'en existe plus qu'une. Une des deux a "juridiquement" péri ; elle n'existe plus ; elle n'est pas devenue seulement l'accessoire de l'autre, qui serait la

²²⁸ DU CAUROY (A.M.), *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, T. I, 6ème éd., Paris, 1841, p. 234-235.

²²⁹ BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965, p. 240. En ce sens également ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1886 p. 651 : *"Quant à la chose principale, elle s'est enrichie d'une plus-value qui nécessairement appartient à son propriétaire. Mais suit-il de là que juridiquement ce propriétaire ait acquis une propriété nouvelle ? Non ; et ce qui le prouve avec évidence, c'est qu'il lui est impossible, l'incorporation subsistant encore, de revendiquer la chose accessoire isolément et pour elle-même, et que, si elle venait à reprendre véritablement son individualité antérieure, elle rentrerait par cela seul dans le patrimoine de son ancien propriétaire..."*. Se reporter également à GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Paris, 1928, p. 313 : *"A notre sens, il n'y a pas alors, dans les idées romaines, de véritable acquisition de propriété nouvelle, mais un simple accroissement de l'objet d'un droit de propriété préexistant, une simple extension matérielle d'une chose qui reste toujours la même, bien qu'elle se trouve momentanément ou définitivement accrue par la suite de la disparition temporaire ou irrévocable d'une autre chose"* ; RATTI (U.), *"Rinascita della proprietà in tema di accessione"*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 1, Milan, 1930, p. 285 ; FERRINI (C.) GROSSO (G.), *Manuale di Pandette*, 4ème éd., Milan, 1953, p. 291. SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 70 et 71, établit quant à lui une théorie conciliatoire entre l'acquisition et l'accroissement de la propriété.

principale, elle y est absorbée, anéantie !

Si on suppose par exemple qu'il s'agit de plantations faites sur le sol de l'un, avec les arbustes de l'autre, il n'y a plus désormais deux choses : 1° un sol ; 2° des arbustes. Il n'y a ici qu'un objet unique ; il n'y a que le sol, planté désormais et qui, par sa puissance d'attraction, a absorbé les arbustes qui, corrélativement, ont perdu leur individualité matérielle. Le résultat est le même pour le bras forgé à la statue ou pour la tablette recouverte de peinture. Il n'y a plus désormais qu'une seule chose qui constitue l'ensemble, et qui s'est enrichie, accrue, en absorbant le bien accessoire. Si telle est la raison théorique de cette perte de la propriété, il est clair qu'elle ne saurait, aux yeux de la science juridique, constituer un mode d'acquérir, car le même événement que la législation romaine considère comme opérant la destruction d'une chose, ne saurait être, d'après cette même législation, un moyen d'acquérir la propriété de cette chose.

Ainsi, d'après les romanistes partisans de cette théorie, si l'on s'en tient à une stricte analyse juridique, l'accession organique ne permet pas d'acquérir la propriété, et il est inexact de prétendre que l'un a acquis la propriété que l'autre a perdue. Le résultat est non une acquisition de la propriété, mais un accroissement, un enrichissement de l'objet principal, ce qui selon eux est bien différent. Malheureusement, ces auteurs ne nous disent pas en quoi cet accroissement ou cet enrichissement de l'objet principal est différent de l'acquisition de la propriété. Ce renseignement nous aurait été bien utile car nous ne voyons pas cette différence. L'accroissement ou l'enrichissement et l'acquisition de la propriété sont, relativement à un droit réel, une seule et même chose : nous nous enrichissons parce que nous avons acquis avantageusement la propriété d'un bien nouveau.

Par ailleurs, lorsque l'accession est définitive, le propriétaire qui a perdu son droit de propriété a droit à une indemnité²³⁰ ; ce droit ne lui vient pas directement du droit d'accession, mais il n'en est qu'une conséquence dont l'origine est une règle générale bien connue du droit romain, qui veut que nul ne puisse s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.

Ce fait, que la chose accessoire perde son individualité matérielle et qu'il y ait versement d'une indemnité, paraît nettement nous obliger à constater que dans ces différentes hypothèses il y a acquisition de propriété, car c'est justement parce qu'il y a acquisition, qu'il y a versement de l'indemnité.

Ainsi, même si nous admettons que le mot *accession*, pris dans le sens que nous lui donnons aujourd'hui, n'appartient pas à la législation romaine, les écrits des différents jurisconsultes exposent bien différents cas qui peuvent s'y rapporter. Il est donc définitivement entendu que l'accession organique est un moyen d'acquérir la propriété. Nous n'aurons donc plus à y revenir²³¹.

A l'inverse, la question demeure plus sérieusement controversée pour les hypothèses d'accession séparable, et il s'agit de la matière qui va désormais nous préoccuper. En effet, si en droit romain, l'union de plusieurs choses appartenant à des propriétaires différents n'a pas toujours pour effet de faire acquérir irrévocablement à l'un d'entre eux la

²³¹ Il conviendra cependant d'en justifier les effets (nous aurons à y revenir).

propriété de l'ensemble, on peut se demander si cette union n'a pas pour conséquence l'extinction temporaire du droit de propriété de celui qui, jusque-là, était propriétaire de l'objet accessoire. Dans ce cas, le droit de propriété ne revivra que postérieurement à la séparation (**Chapitre 1**).

Les opinions des auteurs modernes à ce sujet sont partagées²³². Bon nombre d'entre eux estiment au contraire, que le droit de propriété est simplement suspendu et qu'il persiste à l'état latent²³³. Le pro-priétaire de la chose principale devient bien pro-priétaire *totius rei*, mais parallèlement, la partie ac-cessoire continue à appartenir au

²³⁰ Quand un fait d'accession naturelle cause un dommage à une personne, cette dernière devra le subir sans recours possible, parce qu'il est le résultat d'un phénomène dont personne n'est responsable. Il n'en est plus de même quand l'accession est l'œuvre d'une personne connue. Celle-ci est obligée, d'après le droit romain, de réparer ce dommage. C'est pourquoi le pro-priétaire du bien accessoire est muni d'un droit à demander d'une part la séparation si elle est possible, et d'autre part une indemnité contre le propriétaire de l'objet principal. Bien évidemment, le problème de l'indemnisation ne se pose pas dans les cas d'union séparable, car le propriétaire peut recouvrer sa chose par l'intermédiaire de l'*actio ad exhibendum* et la successive *rei vindicatio*. Le cas d'*inaedificatio* fait bien évidemment exception à cette règle à cause de l'interdiction decenvirale. Quant aux hypothèses d'accession définitive, le problème de l'indemnisation ne trouve pas un règlement unitaire. Si l'union a été faite sans le consentement du propriétaire de la chose accessoire, celui-ci dispose de l'*actio furti* et de la *condictio furtiva*. Depuis l'époque voisine du début de l'Empire, il dispose de l'*actio ad exhibendum*, non plus pour obtenir la séparation car l'adjonction est ici définitive, mais pour obtenir le remboursement de la valeur de la chose accessoire (ici l'*actio ad exhibendum* se donne à titre pénal). Dans le cadre de la peinture peinte sur la toile d'autrui, il est également possible d'obtenir une *rei vindicatio utilis* pour le propriétaire de la *tabula* ; il existe également une action utile en revendication des arbustes plantés correspondant à l'action en revendication utile de la tablette recouverte de peinture. Et, dans tous les autres cas, une action prétorienne *in factum* (Paul D 6.1.23.5 : "...in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est..."). Si l'union a été faite par le propriétaire de la chose accessoire, il n'a pas d'action pour réclamer la valeur de la chose (Julien D 12.6.33 *lib. 10. Digestorum*), mais s'il a entre ses mains la chose dans sa totalité, il a, seulement depuis l'époque formulaire, une exception de dol pour ne la rendre, sur la revendication du propriétaire, qu'après avoir été indemnisé de la plus-value qu'il lui a donné de bonne foi (Paul D 6.1.23.4 *lib. 21. ad Edictum* : "In omnibus igitur istis in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare"). Pour plus de précision se reporter à BESELER (G.), *Actio ad exhibendum, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Mohr, Tübingen, 1910 ; LENEL (O.), "Rei vindicatio und actio ad exhibendum", *Grünhut's Zeitschr. f. privat. u. öffentl. Recht*, Wien, 37, 1910, p. 515 et s., LENEL (O.), *Das Edictum Perpetuum*, 3ème éd., Tauchnitz, Leipzig, 1927, p. 220 et s., MARRONE (M.), "actio ad exhibendum", in *Annali del Seminario Giuridico dell' università di Palermo*, 26, 1957, p. 177 et s., TALAMANCA (M.), "Actio ad exhibendum", in *N.N.D.I.* (I1), p. 254-257 ; SOTTY (R.), *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Thèse, 1977 ; LUCREZI (F.), *La Tabula Picta tra creatore e fruitore*, Naples, 1984.

²³² Indiscutablement, ces divergences d'opinions sont dues aux nombreuses contradictions que l'on retrouve dans les sources. Par exemple, Paul au D 6.1.23.2 à 5, qui est le texte fondamental pour l'adjonction d'un meuble à un autre, suppose tour à tour que la propriété de la chose accessoire est acquise au propriétaire du tout, et qu'elle reste au propriétaire antérieur.

²³³ Telle était déjà l'opinion généralement suivie par la glose. Se reporter à LANDSBERG, "Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum", p. 244-246 : "La glose tient à la distinction entre la chose considérée comme tout indépendant ou comme partie d'un autre tout... Elle admet qu'une seule et même chose peut se trouver dans une double propriété : dans la propriété de l'un comme partie d'un tout lui appartenant, dans la propriété de l'autre comme chose particulière et existant en soi". V. GL. *desiit dominus ad leg.D 41.1.7.10*.

prior dominus, lequel peut toujours en demander la séparation ²³⁴ par l'inter-médiaire de l'*actio ad exhibendum* ²³⁵ (**Chapitre 2**).

Quoiqu'il en soit, quelles que soient les solutions proposées par les uns et les autres, que l'accession soit ou ne soit pas un moyen d'acquérir la propriété, le propriétaire de l'objet accessoire est victime d'un préjudice. En effet, soit il perd son droit de propriété, soit ce droit est dépouillé momentanément des attributs qui lui sont ordinairement attachés. A partir de là, il nous semble que le principe de l'accession consacre un véritable mode de spoliation de la propriété. Cette extension de l'individualité d'un bien sur un autre de moindre importance, ou bien accessoire, constitue un phénomène juridique qu'il s'agit d'expliquer d'après le droit. Il faut découvrir le fait qui justifie, qui légitime ce pouvoir du bien principal sur le bien accessoire (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1 : L'accession séparable a-t-elle pour effet d'éteindre temporairement le droit de propriété ?

Comment justifier l'extinction puis la renaissance du droit de propriété ? Pour répondre à cette importante question, il convient de préciser les effets de l'union, puis de la séparation sur l'individualité juridique de l'objet incorporé.

Ratti, à propos de la renaissance de la propriété en matière d'accession, défend le concept de "renaissance des droits" ²³⁶ qu'il avait déjà exposé dans ses études sur la *captivitas* ²³⁷ (**Section 1**). Il soutient d'une part, que l'union a pour effet d'entraîner l'extinction juridique de la chose accessoire et du droit de propriété qui s'y rapporte ²³⁸ (§ 1) ; et d'autre part, qu'il y a, après la séparation, une véritable reconstitution de l'entité absorbée ainsi qu'une résurrection de la propriété (§ 2). Nous opposerons à cette thèse une série de textes qui semble démontrer que l'accessoire n'emprunte pas toujours la nature juridique du *corpus ex cohaerentibus* (**Section 2**).

²³⁴ Sauf dans l'hypothèse du *tignum iunctum* à cause de la défense decenvirale : *tignum aedibus.... iunctum ne solvito*.

²³⁵ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 98-99, estime qu'il est "*quasi indifferente il dire che in questa ipotesi il proprietario della cosa congiunta alla cosa mia perde il diritto su di essa per vederlo poi risorgere mediante l'esperimento dell'actio ad exhibendum o che il diritto è allo stato quiescente nell'intervallo*". Cela nous semble fort contestable car d'une part, si en pratique, la distinction est peut-être "presque" indifférente, du point de vue juridique il nous semble que la suspension d'un droit est bien différente de l'extinction. D'autre part, donner cette réponse, c'est se refuser à résoudre cette question et c'est admettre l'impuissance du droit à donner une solution juridique en conformité avec les faits. Nous estimons qu'il ne doit pas en être ainsi.

²³⁷ RATTI (U.), "Studi sulla *captivitas* e alcune repliche in tema di *postliminio*", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 35, 1927.

²³⁸ En ce sens, à propos de l'hypothèse du "*tignum iunctum*", PATAULT (A.M.), "Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République", in *R.H.D.*, 1977, p. 254-255 : "...l'injonction des *decenvirs* enlève en réalité au matériau son existence juridique. Le propriétaire ne peut le réclamer car il n'existe plus, fondu dans la maison ou dans la vigne".

SECTION 1 Examen de la thèse de Ratti relative à la « renaissance des droits »²³⁹

L'union puis la séparation ont-elles respectivement pour conséquences d'entraîner l'extinction juridique (§ 1) puis la reconstitution de l'entité absorbée ainsi que du droit de propriété qui s'y rapporte (§ 2)?

§ 1) L'union a-t-elle pour conséquence d'entraîner l'extinction juridique de l'objet incorporé ?

Le phénomène d'extinction juridique d'une chose est fréquent en droit romain. Nous pouvons en effet concevoir facilement la perte de l'individualité de la chose incorporée dans les cas d'alluvion, mais également dans les différentes hypothèses d'accession organique que nous évoquions précédemment²⁴⁰. Dans certaines de ces hypothèses, la chose incorporée se confond si intimement avec le bien principal qu'elle perd jusqu'à ses apparences ; il devient presque impossible de les distinguer²⁴¹. Dans tous ces cas, il y a disparition juridique parce qu'il y a disparition matérielle, c'est-à-dire perte de la forme, de

²³⁶ RATTI (U.), "Rinascita della proprietà in tema di accessione", in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 1, Milan, 1930, p. 263-302. D'après l'auteur, cette thèse a été suivie par un courant de jurisprudence devenu dominant à la fin de l'époque classique. Dans le système de Justinien au contraire il se manifeste aussi en matière d'accession la tendance, que l'auteur avait déjà relevée dans le domaine de la *captivitas*, à substituer à l'extinction temporaire des droits le principe du sommeil et de la continuation pure et simple des droits, si bien qu'on ne peut plus parler de renaissance de la propriété. Dans le même ordre d'idée voir SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 130, qui précise qu'à la suite de l'adjonction, on constate une extinction du droit de propriété sur la chose accessoire, et une corrélatrice acquisition au profit du propriétaire de la chose principale : "Più esatta è, senza dubbio, la seconda teoria, la cui bontà appare più evidente nel caso in cui la cosa accessoria appartenga, prima della congiunzione, ad un altro proprietario, per cui si verifica la estinzione di questo originario diritto di proprietà e il corrispondente acquisto da parte del proprietario della cosa principale... Il fondamento di tale acquisto risiede nel più vasto concetto del potere di attrazione reale, che è una delle più spiccate caratteristiche della proprietà romana, per cui il dominium su una data res non consente un concorrente dominio altrui su una cosa che sia parte della stessa res, o che con essa venga a congiungersi in modo da perdere la propria autonomia e da divenirne parte". Plus anciennement voir ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1886 p. 651 ; WÄCHTER, *Pandekten*, Leipzig, 1881, II, § 133, Beil. III ; PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème ed., vol. 1, Firenze, 1906, p. 445.

²³⁹ Cette thèse a déjà été largement critiquée par GUARNERI CITATI (A.), "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti", in *Annali del Seminario Giuridico dell' università di Palermo*, 14, 1930, 227 et s. Nous estimons cependant ne devoir utiliser l'argumentation contenue dans cet article que ponctuellement, car trop nombreuses sont les analyses qui aboutissent à la constatation d'une interpolation de texte.

²⁴⁰ Un phénomène similaire se produit également pour les différentes hypothèses de *commixtio* et de *confusio* (cf. *infra* p. 66 et s.).

²⁴¹ Par exemple dans l'hypothèse de la *ferruminatio* (Paul D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad Edictum*), le bras est intimement fusionné à la statue qu'il sert à réparer. Il a perdu toute individualité propre, toute existence distincte et séparée.

l'indivisi-dualité primitive.

L'accession séparable, quant à elle, ne présente pas cette caractéristique. Il n'y a aucune disparition matérielle de la chose incorporée ; celle-ci se distingue parfaitement de l'objet principal. Pourtant, Ratti estime que cette institution présente également la caractéristique de pouvoir entraîner l'extinction juridique de l'objet accessoire. Il en puise la preuve dans plusieurs textes extraits du Digeste (A). Cet événement, que la législation romaine considère comme opérant la destruction d'une chose, ne saurait être, d'après cette même législation, un moyen de maintenir un droit de propriété sur cette chose. Par conséquent, Ratti expose une seconde série de textes qui, selon lui, prouve l'incompatibilité d'un double droit de propriété : l'un portant sur l'ensemble du *corpus ex cohaerentibus*, l'autre sur les accessoires composants (B).

A) Examen des textes ²⁴² prouvant l'extinction juridique de l'objet incorporé

Ulpien D 47.12.2. lib. 18. ad edictum praetoris : *"Si sepulchrum quis diruit, cessat Aquilia : quod vi tamen aut clam agendum erit : et ita de statua de monumento evolsa Celsus scribit. Idem quaerit, si neque adplumbata fuit neque adfixa, an pars monumenti effecta sit an vero maneat in bonis nostris : et Celsus scribit sic esse monumenti ut ossuaria et ideo quod vi aut clam interdicto locum fore"*. Ulpien et Celse nous expliquent que la statue adjointe à un monument *neque adplumbata, neque adfixa* devient *pars* de celui-ci et qu'elle n'est plus *in bonis nostris*. Ratti estime que la perte du droit de propriété est précisément due au fait que la statue est idéalement unie à la chose principale (le *monumentum*). Par conséquent, nous dit-il, elle est privée d'une entité juridique propre ²⁴³.

Cette interprétation nous semble arbitraire et inacceptable. Comme le reconnaît Ratti, il ne fait aucun doute qu'en parlant du *monumentum*, Ulpien ne peut pas occulter sa condition juridique, c'est-à-dire sa religiosité ²⁴⁴, ce qui a instantanément pour effet de rendre définitivement *extra commercium* tout ce qui y est joint ou adhérent : *"quae religiosis adhaerent, religiosa sunt et idcirco nec lapides inaedificati postquam remoti sunt vindicari possunt..."* ²⁴⁵.

²⁴² Ces différents passages n'exposent pas de véritables hypo-thèses d'accession séparable, mais tous font référence à des hypothèses d'adjonction mécanique, l'objectif de Ratti étant de démontrer que le phénomène d'extinction juridique de la chose trouve une application substantielle en droit romain, y compris dans les cas ne relatant pas une extinction matérielle de l'objet incorporé.

²⁴³ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 278 : *"...la cessazione della proprietà è ricollegata nel testo al divenir la cosa accessoria parte della principale, e questa circostanza produce simultaneamente tanto l'estinzione della proprietà, quanto l'assorbimento, come res religiosa, della cosa accessoria nella principale, appunto perchè la prima si considera idealmente confusa con la seconda, e priva di una entità giuridica propria"*.

²⁴⁴ On ne parle évidemment ni d'un *monumentum purum*, ni d'un *cenotaphium* : Ulpien D 11.7.6.1 lib. 25. ad Edictum ; Ulpien D 1.8.7 lib. 25. ad Edictum ; Paul D 6.1.43 lib. 27. ad Edictum.

²⁴⁵ Paul au D 6.1.43 lib. 27. ad Edictum.

Par conséquent, le fait que la statue *non manere in bonis nostris* n'est pas dû à ce qu'elle soit devenue *pars* d'un immeuble quelconque, mais *pars* d'une *res religiosa*. Ulpien ne veut pas dire non plus, contrairement à ce qu'observe Ratti, que la perte du droit de propriété est due au fait que la chose accessoire soit devenue une partie de la principale. Ce texte ne prouve donc pas l'extinction juridique de l'objet. Examinons le texte suivant :

Ulpien D 30.41.15 *lib. 21 ad Sabinum* : "*Sed si ea quae legavit aedibus iunxit, extinctum erit legatum*". Ce passage nous est expliqué par Ratti de la façon suivante : si le testateur joint à sa maison des ornements d'architecture qu'il a légué, le legs s'éteint. Si le legs s'éteint, c'est que corrélativement il y a extinction juridique de l'objet qui s'y rapporte²⁴⁶. Nous pouvons faire à propos de ces assertions une double critique.

D'une part, si l'extinction du legs dérive de l'extinction juridique de l'objet, et si cette extinction est due à l'adjonction des ornements à la maison, nous n'expliquons pas pourquoi une telle extinction n'a pas lieu lorsque ce n'est pas le testateur lui-même mais l'héritier qui opère l'union (Ulpien au D 30.41.16 *lib. 21. ad Sabinum* : "*Sed si heres ea iunxit, puto non exstingui*").

D'autre part, il suffit de lire le long passage d'Ulpien, dont fait partie le fragment 15, pour déterminer la cause qui le conduit à admettre l'extinction du legs. Le titre 41 est un commentaire du Sénatus-Consulte *Acilianum*, promulgué en l'an 112 après J-C sous le consulat d'Aviola et Pansa, qui défendait de léguer les choses qui avaient été *iuncta aedibus*²⁴⁷. Avant cette interdiction, le legs des matériaux joints à l'édifice était autorisé. Cette défense a été mise en place car le "*Sénat voulait mettre un frein à la liberté des testateurs qui léguaient des objets incorporés à des édifices et obligeaient ainsi leurs héritiers à détruire les bâtiments pour exécuter leurs dernières volontés. De même que la loi des XII tables, le Sénatus-Consulte a pour but d'empêcher la démolition des maisons et s'applique eis quae iuncta sunt aedibus*"²⁴⁸.

Ainsi, malgré l'union, les matériaux conservent une existence juridique propre. S'ils ne peuvent pas faire l'objet d'un legs cela n'est pas dû à la disparition de leur individualité, mais aux dispositions mentionnées par le Sénatus-Consulte *Acilianum*²⁴⁹. En réalité, ce

²⁴⁶ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 278 : "*L'estinzione del legato è qui basata, a quanto sembra, sull'estinzione dell'oggetto, non sulla presunta volontà del testatore*".

²⁴⁷ Ulpien D 30.41.1 *lib. 21. ad Sabinum* : "*Sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus*".

²⁴⁸ MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 30. Se reporter également à FERRINI (C.), "*Teoria generale dei legati e fedecommissi*", p. 233.

²⁴⁹ Toujours d'après MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 31 : "*...Précisément, les textes nous disent que le Sénatus-Consulte supposait un lien physique entre les matériaux et l'édifice, et, d'autre part, qu'il s'appliquait à des objets qui ne rentrent pas, à proprement parler, dans la "notion" de l'édifice ; il défend de léguer les choses qu'on ne pourrait livrer qu'en les détachant ou en les retirant de la maison* (Ulpien D 30.41.9 *lib. 21 ad Sabinum* : "*item hoc prohibetur haec legari, quod non alias praestari potest, quam ut aedibus detrahatur, subducatur...*").

texte poursuit le même objectif que la législation relative au *tignum iunctum*, à savoir la conservation des valeurs créées²⁵⁰.

Remarquons par ailleurs qu'une disposition similaire nous est rapportée par Ulpien au D 34.2.17 *lib. 21. ad Sabinum*, à propos de l'adjonction de deux meubles : "*Si gemma ex anulo legetur vel aliae materiae iunctae vel emblemata, recte legantur : et separantur et praestanda sunt*".

Examinons enfin un texte de Marcellus mentionné au D 34.2.6.1 *lib. singulari Responsorum* : "*Item quaero, si probari possit Seiam uniones et hyacinthos quosdam in aliam speciem ornamenti, quod postea pretiosus fecit additis aliis gemmis et margaritis, convertisse, an hos uniones vel hyacinthos petere possit et heres compellatur ornamento posteriori eximere et praestare. Marcellus respondit petere non posse : nam quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, nam quodammodo extinctum sit ? ut interim omittam, quod etiam dissolutione et permutatione tali voluntas quoque videatur mutata*".

La testatrice Séia a chargé son héritier de faire un legs comprenant des bijoux (collier de perles et bagues). Puis, cette dernière a changé ces bijoux en une autre espèce de parure qu'elle a rendue encore plus précieuse en y ajoutant des pierres fines. Est-ce que la légataire peut demander les bijoux qui lui ont été légués, et est-ce que l'héritier est obligé de les ôter de cette nouvelle parure et de les lui donner ? Marcellus répond qu'elle ne peut pas les demander, car un legs ou un fidéicommiss ne subsiste pas lorsque ce qui en faisait l'objet a été changé en une autre espèce.

Ce fragment a été examiné par Ferrini et par Ratti mais les explications données par chacun d'eux sont quelque peu différentes. Dans un premier temps, les deux éminents romanistes sont d'accord sur le postulat suivant : le propriétaire initial (la testatrice Séia) a transformé les bijoux qu'elle a légués en une autre espèce ; ils n'existent plus. Par conséquent, le legs qui s'y rapporte est éteint. La testatrice est propriétaire d'une nouvelle espèce de parure dans laquelle sont insérés les bijoux initialement légués.

Puis, les opinions finissent par diverger. Pour Ferrini, cette transformation de la parure en une nouvelle espèce correspond à une hypothèse de spécification. Autrement dit, la testatrice Séia serait propriétaire de la nouvelle espèce, même si elle ne l'était pas de l'ancienne, car elle acquiert cette propriété au titre de son travail²⁵¹.

Cette analyse ne nous semble guère satisfaisante car d'une part, le texte ne parle pas d'acquisition par spécification, et d'autre part, il est peu probable que la nouvelle espèce soit l'œuvre de la testatrice Séia ; celle-ci l'aura certainement faite faire par un artisan²⁵².

Du reste, la question posée par Marcellus n'est pas de savoir si la nouvelle espèce

²⁵⁰ Nous aurons à y revenir.

²⁵¹ FERRINI (C.), "Appunti sulla dottrina della specificazione", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 3, 1890, p. 244 : "*il dominio che il testatore ha sulla nuova specie di ornamento da lui fabricata non ha la sua causa sostanziale nel dominio che c'era sulla specie originaria ; egli sarebbe domino della nuova specie, s'anco non lo fosse stato dell'antica ; poichè il dominio acquista egli a titolo dell' opera sua*". Se reporter également à FERRINI (C.), "Teoria generale dei legati e fedecommissi", p. 599 et s.

est due au légataire, mais si on doit ôter les perles et les pierres précieuses qui étaient originellement dues. Par conséquent, ce n'est pas le problème de la propriété sur la nouvelle parure qui est décisif²⁵³.

Enfin, nous estimons devoir rappeler que la spécification est la production d'une chose nouvelle par la transformation de matériaux qui appartenaient à autrui. Or, dans le texte en examen, le spécificateur est aussi le propriétaire des matériaux.

Il ne suffit pas non plus de soutenir, comme Ratti, que l'extinction du legs est "*fondata dal giureconsulto unicamente sull'estinzione dell'og-getto*"²⁵⁴ à cause de sa transformation *in alienam speciem ornamenti*.

Une remarque de Ferrini semble à ce propos fort intéressante. Ce dernier nous enseigne qu'à côté de l'extinction du legs due à la spécification, la "*diversa destinazione*"²⁵⁵ peut également être à l'origine d'une telle extinction. Si un esclave, nous dit Marcien, passe d'un emploi qu'il avait dans la maison à un métier, certains pensent avec raison que le legs s'éteint, parce qu'il se fait un changement dans la situation de l'esclave²⁵⁶. De la même manière, les jeunes esclaves ou les esclaves d'un âge déterminé cessent d'être objet du legs quand *incipiat inter seniores numerari*²⁵⁷. Dans ces hypothèses, il est certain que malgré l'extinction du legs il n'y a pas extinction juridique de la chose²⁵⁸.

Par conséquent, il faut se garder d'affirmer qu'à chaque fois qu'il y a extinction des

²⁵² En ce sens GUARNERI CITATI (A.), "cosiddetta", (op. cit. à la p. 170) p. 244 : "*Ora in quanto alla spiegazione del Ferrini, è da notare che l'acquisto a titolo dell'opera non è sostenibile ; infatti nè il testo dice, nè è probabile che la nuova specie sia opera della testatrice Seia ; questa l'avrà fatta fare certamente da un artefice.*" Intéressant à ce propos est le texte de Pomponius D 34.2.34. pr. lib. 9. ad Quintum Mucium.

²⁵³ En ce sens GUARNERI CITATI (A.), "cosiddetta", (op. cit. à la p. 170) p. 244-245.

²⁵⁴ RATTI (U.), (op. cit. à la p. 160) p. 278.

²⁵⁵ FERRINI (C.), "Teoria generale dei legati e fedecommissi", p. 601.

²⁵⁶ Marcien D 32.65.1 lib. 7. Institutionum : "*Si ex officio quis ad artificium transierit, quidam recte putant legatum exstingui, quia officium artificio mutatur...*". Dans le même ordre d'idée voir Paul D 32.61 lib. 8. Digestorum à Paulo epitomatorum : "*Textoribus omnibus, qui sui essent, cum moreretur legatis quaesitum est, an et is, quem postea ex his ostiarium fecisset, legato contineretur. Respondit, contineri : non enim ad aliud artificium, sed ad alium usum transductum esse*". Si un testateur a légué tous les esclaves couturiers qu'il avait lors de sa mort, et qu'il a fait quitter ce métier à l'un de ses esclaves avant sa mort pour le faire portier, cet esclave ne fait pas partie du legs, car son maître ne l'a pas fait passer d'un métier à un autre, mais il l'a seulement employé d'une autre manière.

²⁵⁷ Marcellus D 32.69.1 lib. singulari Responsorum : "*Titius codicillis suis ita cavit : Publio Maevio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo. Quaero, a qua aetate iuvenes et in quam intelligi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae proponerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere : non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerunque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset iuvenis is, qui adolescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniores numerari*". Sur ce texte voir Ferrini (C.), (op. cit. à la p. 176) p. 594.

legs et fidéicommiss il y a aussi extinction du ou des objets qui s'y rapportent²⁵⁹. Dans l'espèce en examen, les bijoux, en étant insérés dans une nouvelle parure, sont simplement sortis de leur condition initiale. Le legs s'éteint parce que la chose a cessé "*di essere una cosa avente una propria individualità commerciale, una propria funzione economica e sociale*"²⁶⁰.

B) Examen des textes démontrant que la propriété de l'ensemble du *corpus ex cohaerentibus* comprend implicitement la pro-priété des parties composantes

Ulpien D 44.2.7 *pr. lib. 75 ad Edictum*. : "*Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est : eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur : nam nocebit exceptio. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat : Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem...*".

Ulpien déclare opposable l'*exceptio rei iudicatae* contre celui qui revendique les *tigna* ou les *lapides* composant un bâtiment, après avoir revendiqué sans succès ce bâtiment dans son ensemble. La reven-dication de l'accessoire semble donc implicitement contenue dans la revendication de la totalité. Ainsi, en s'appuyant sur ce texte, il apparaît légitime de soutenir que la propriété de l'ensemble comprend implicitement celle des parties composantes. Naturel-lement, Ratti en paraphrase l'enseignement car selon cette interprétation, non seulement ce texte ne va pas dans le sens de la théorie de la suspension du droit de propriété, mais il devient définitivement favorable à la théorie de "l'extinction-renaissance"²⁶¹. Ce raison-nement qui, à première vue, paraît irréprochable, est sérieusement mis à mal par un fragment de Pomponius qui expose une hypothèse similaire.

²⁵⁸ On peut encore citer un texte de Marcien mentionné au D 32.65.7 *lib. 7. Institutionum* : "*Ovibus legatis agni non continentur : quandiu autem agnorum loco sunt, ex usu cuiusque loci sumendum est : nam in quibusdam locis ovium numero esse videntur, cum ad tonsuram venerint.*" Le legs des moutons ne comprend pas le legs des agneaux.

²⁵⁹ En ce sens GUARNERI CITATI (A.), "*cosiddetta*", (*op. cit.* à la p. 170) p. 245.

²⁶⁰ SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Rome, 1928, p. 85.

²⁶¹ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 287 : "*Dice il fr 7 pr. che la vindicatio dei materiali è implicitamente contenuta nella vindicatio dell'edificio. E come se io avessi chiesto distintamente in giudizio edificio da una parte e materiali dall'altra ! Il nostro caso è proposto infatti dal giureconsulto insieme a quello in cui duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur. Dunque, i materiali sono compresi implicitamente nell'edificio, nel senso che la proprietà dell'edificio comprende implicitamente quella della parte, e quindi la petitio dell'edificio comprende implicitamente quella dei materiali ad esso congiunti*".

Pomponius D 44.2.21.1 *lib.* 31. *ad Sabinum* : “*Si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstabit mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem*”. Dans le cas de *petitio* d’un *speciale corpus ex grege*, après la revendication du *grex*, Pomponius considère que si ce *corpus in eo grege adfuit, obstaturam exceptionem*.

Cette décision est parfaitement identique à celle que l’on retrouve dans le fragment d’Ulpien : celui qui a échoué dans la demande de la totalité, et qui forme de nouveau la demande d’une partie, doit se voir opposer l’exception fondée sur l’autorité de la chose jugée, car la partie est contenue dans le tout.

Nous devrions ainsi pouvoir reproduire pour cette hypothèse le raisonnement de Ratti relatif à la revendication des *tigna* ou des *lapides* composant un bâtiment, et affirmer que la propriété du troupeau comprend implicitement celle des animaux qui le composent.

Cependant, le troupeau est considéré par les juristes romains “*unum corpus (ex distantibus)*” ; sa revendication est parfaitement licite, bien que le propriétaire n’ait pas la propriété de toutes les têtes qui le composent. Ces dernières existent juridiquement, indépendamment du troupeau, et en sont en même temps une partie constitutive. Cela nous est rapporté par Ulpien au D 6.1.1.3 *lib.* 16 *ad Edictum* : “*sed... gregem sufficet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint : grex enim, non singula corpora vindicabuntur*” ; ou encore Paul au D 6.1.23.5 *lib.* 21 *ad Edictum* : “*posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus*”²⁶².

Si le propriétaire du *speciale corpus ex grege* peut se voir opposer l’*exceptio rei iudicatae*, c’est que le *corpus ex distantibus* considéré dans son ensemble ne peut avoir qu’un seul propriétaire, mais cela ne signifie pas qu’il ait aussi la propriété des parties constitutives. Retenons que ce raisonnement peut parfaitement s’adapter à notre cas d’espèce²⁶³.

Par ailleurs, ce texte semble contredit par le paragraphe second de ce fragment. Ulpien D 44.2.7.2 *lib.* 75 *ad Edictum*. : “*In his igitur fere omnibus exceptio nocet : sed in cementis et tignis diversum est : nam is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere : etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt : denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest*”.

Venons-en maintenant à l’examen d’un fragment de Paul mentionné au D 47.2.21.4 *lib.* 40 *ad Sabinum* : “*Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomponius scripsit*”. Ratti interprète ce texte de la façon suivante : si une

²⁶² Se reporter également à Ulpien D 6.1.1.3 *lib.* 16. *ad Edictum* : “*Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicensimo quinto scribit. Idem et de armento et de equitio ceterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint : grex enim, non singula corpora vindicabuntur*”. Julien D 6.1.56 *lib.* 78 *Digestorum* : “*Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet*”.

²⁶³ Nous verrons cependant ultérieurement que ce fragment prévoit vraisemblablement l’hypothèse d’un demandeur qui n’est ni propriétaire de l’édifice, ni propriétaire du bâtiment.

personne sépare l'anse d'une coupe car elle s'en croit propriétaire (ou que même véritablement elle lui appartienne), elle commet le vol de la coupe toute entière. Or, si la propriété de l'ensemble n'implique pas "*durante la congiunzione, proprietà delle singole parti che lo costituiscono*", "*il proprietario del tutto non dovrebbe considerarsi a nessun effetto proprietario della parte accessoria congiunta alla principale ; e quindi se p. es. il proprietario della parte accessoria separasse quest'ultima dalla principale, per sottrarla al proprietario del tutto, non dovrebbe esservi furto*" ²⁶⁴.

Ratti suppose que celui qui se croit propriétaire de l'accessoire ²⁶⁵ s'est seulement limité à le séparer de l'ensemble. Mais Paul ne dit rien de tel. Et si le fait de la séparation avait été essentiel, il ne fait aucun doute que le célèbre jurisconsulte l'aurait énoncé clairement. En réalité, le voleur a soustrait l'ensemble du *poculum*. Cela est d'ailleurs très nettement suggéré par le contexte. Il suffit en effet de se référer aux exemples contenus dans le paragraphe qui précède pour renforcer de manière décisive notre position.

Paul D 47.2.21.3 *lib. 40 ad Sabinum* : "*Sed et si quis subripuit furto duos sacculos, unum decem, alterum viginti, quorum alterum suum putavit, alterum scit alienum : profecto dicemus tantum unius, quem putavit alienum, furtum eum facere, quemadmodum si duo pocula abstulerit, quorum alterum suum putavit, alterum scit alienum : nam et hic unius fit furtum*". Le voleur dérobe deux objets (deux sacs d'argent ou deux coupes), sachant que seulement un seul lui appartient. Il ne se limite donc pas à soustraire son bien. Si dans cette hypothèse Paul considère qu'il commet uniquement le vol de l'objet qui ne lui appartient pas, c'est que les deux choses sont très nettement individualisées ; elles ne forment pas un *corpus ex cohaerentibus*.

Par ailleurs, même si nous admettons que le voleur s'est seulement limité à séparer l'anse de la coupe, il est facile de répondre que justement la soustraction de l'accessoire altère l'ensemble, et que cela nuit au propriétaire de la coupe (non comme pro-priétaire de l'anse, mais comme propriétaire de l'objet dans sa globalité). En effet, rappelons que d'après la thèse adverse, même si l'on considère que le pro-priétaire de l'accessoire ne perd pas son droit de pro-priété pendant l'union, il n'en demeure pas moins que le propriétaire du principal est propriétaire du *corpus ex cohaerentibus* dans sa totalité. Il y a vol *totius poculi* car "la victime" est propriétaire *totius poculi*.

Ainsi, au terme de cette première analyse, nous pouvons raisonnablement affirmer qu'aucun des textes avancés par Ratti ne prouve de façon décisive l'extinction juridique de l'objet accessoire incorporé. Cette démonstration semble pourtant déterminante pour la viabilité de la thèse du célèbre romaniste. Nous n'insistons plus maintenant sur ce point, l'importance de ce phénomène d'extinction juridique de l'objet étant si grand en raison des conséquences qu'il implique, que nous y reviendrons dans le prochain développement.

Intéressons-nous maintenant au deuxième élément fondamental de la thèse en examen. Ratti annonce que par une autre procédure on peut recons-tituer les entités absorbées, leur rendre leur indi-vidualité. Ce moyen c'est l'*actio ad exhibendum* qui,

²⁶⁴ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 282 et s.

²⁶⁵ Il se croit propriétaire, mais il ne l'est pas, car selon le raisonnement de Ratti, dès l'adjonction de l'anse à la coupe, celle-ci disparaît juridiquement ainsi que le droit de propriété qui s'y rapporte.

permise dans la plupart des cas ²⁶⁶, entraîne la renaissance de la chose et du droit de propriété qui s'y rapporte.

§ 2) La séparation a-t-elle pour effet de reconstituer l'entité absorbée ainsi que le droit de propriété qui s'y rapporte ?

Comment justifier la renaissance du droit de propriété par le fait d'une simple séparation ? Il nous paraît à première vue très difficile d'expliquer le mécanisme et ses conséquences juridiques. Tant que l'objet accessoire est renfermé dans le corps même de la chose considérée dans son ensemble, il en fait partie intégrante et homogène puisque, nous dit-on, il n'existe plus. Il n'y a pas là deux choses, l'une principale l'autre accessoire, il n'y a qu'un objet unique.

Si le détachement a pour effet de créer un nouvel objet ²⁶⁷, il ne suit pas de cet événement qu'il y ait une nouvelle propriété. La vérité est que le maître ne fait alors qu'exercer son droit de propriété ; il ne perd pas la propriété de cette chose (en vertu d'un nouveau droit) qui vient, en se détachant de la sienne, de revêtir une individualité ; c'est uniquement son droit de propriété antérieur qui se maintient et qui continue sur cette chose séparée de la sienne et désormais principale elle-même ²⁶⁸.

D'ailleurs Ratti reconnaît qu'il est impossible de considérer que la séparation peut être à l'origine d'une cause d'acquisition d'un nouveau droit de propriété ²⁶⁹, mais il trouve le fondement de la renaissance du droit de propriété, selon la conception romaine, dans la renaissance de la chose. Il affirme que s'il est difficile de s'exprimer sur cette question "*cio dipende soprattutto dal fatto che noi moderni, rivesti come siamo dal moderno abito logico e dommatico, non riusciamo a immedesimarci perfettamente con il punto di vista puro e semplice dei romani. Questi ultimi, in altri termini, sentivano come vero il principio ponendolo sopra una base di cui oggi noi non cogliamo pienamente tutto quel valore decisivo che vi annettevano (coscientemente o incoscientemente ?) gli antichi. Pero nei tentativi di ricostruzione dommatica è spesso necessario appagarsi, agli effetti della ricostruzione storica, di una serie limitata di "perché", anche se la nostra odierna, complessa sensibilità dommatica resta necessariamente soffocata nella propria tendenza a sviluppare la catena dei "perché" storicamente ricostruita*" ²⁷⁰.

²⁶⁶ Quand cela ne va pas à l'encontre de la règle *decemvirale* sur le *tignum iunctum*.

²⁶⁷ Le détachement d'une ou plusieurs parties d'un corps simple a certainement pour effet de créer un ou plusieurs nouveaux objets ; mais ce même résultat est déjà plus difficile à admettre lorsqu'on détache une ou plusieurs parties d'un corps composé.

²⁶⁸ En accord avec cela à propos de l'union de meuble à immeuble MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 39 : "Si l'on admet que la propriété est éteinte par l'union, il est difficile de comprendre comment un simple changement dans la situation matérielle respective des matériaux et du fonds peut entraîner la naissance d'un nouveau droit de propriété au profit de l'ancien propriétaire des matériaux". C'est ainsi qu'en droit français moderne, où l'incorporation dans une construction de matériaux appartenant à autrui est un mode d'acquérir la propriété, le droit du propriétaire des matériaux s'éteint définitivement par l'union et ne revit pas lors de leur séparation ultérieure (article 551 et suivants du Code Civil).

²⁶⁹ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 271.

Il est effectivement possible que nous ayons des difficultés à expliquer le mécanisme de cette renaissance qui apparaissait par contre naturel pour les romains. Nous ne pouvons pas cependant admettre cette explication, car le phénomène de renaissance des droits n'est jamais mis en évidence dans les sources.

On ne lit jamais que l'ancien propriétaire le redevient mais généralement que le *dominus* peut reven-diquer sa chose après la séparation²⁷¹. Il faut également rappeler que dans le cas du retour de la captivité de guerre, pour admettre la renaissance des droits, il a été nécessaire de créer une institution spéciale, le *postliminium*²⁷². Or, pourquoi créer une institution si ce concept apparaissait tellement naturel dans l'esprit des romains. Le *postliminium* est d'ailleurs soumis à certaines limitations, comme l'intention de rester en patrie et ne dérive pas la captivité de désertion ou de capitulation volontaire en bataille²⁷³.

Par ailleurs, si comme le prétend Ratti, il existait sur cette question de la renaissance des droits une divergence d'opinion entre les Sabinien et les Proculien, il ne fait aucun doute que cela aurait dû conduire les Proculien à mettre en évidence ce phénomène et sa justification²⁷⁴.

Pour pallier à cette série d'arguments, le romaniste cite un texte d'Ulpien d'après lequel le retour de la *res apud hostes* serait présenté comme un exemple du phénomène général de la renaissance du droit de propriété²⁷⁵; phénomène mentionné avec la phrase "*intermissum dominium in medio tempore rediit quodam postliminio*"²⁷⁶.

²⁷⁰ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 273 n° 17.

²⁷¹ Paul D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad Edictum*.

²⁷² Nous rappelons que Ratti défend le concept de "renaissance des droits", qu'il avait déjà exposé dans ses études sur la *captivitas* (RATTI (U.), "Studi sulla *captivitas* e alcune repliche in tema di *postliminio*", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 35, 1927, p. 110, n° 1).

²⁷³ Pour plus de précision sur le *postliminium* et la renaissance des droits se reporter à IMBERT (J.), *Postliminium*, Thèse, Paris, 1944 ; DE VISSCHER (F.), "Aperçus sur les origines du *postliminium*", in *Nouvelles études*, Milan, 1949, p. 275 et s., AMIRANTE (L.), *Captivitas et postliminium*, Naples, 1950 ; GIOFFREDI (C.), "Sul *ius postliminii*", in *S.D.H.I.*, 1950, p. 13-58 ; GAUDEMET (J.), "Captivitas e Postliminium", in *R.H.D.*, 1952, p. 248-252 ; KORNHARDT (H.), "Postliminium in republikanischer zeit", in *S.D.H.I.*, 1953, p. 37 et s., SOLAZZI (S.), "Il concetto del *ius postliminii*", in *Scritti Ferrini*, 2, Milan, p. 288 et s., SOLAZZI (S.), "Il *ius postliminii* in Gai. 1,129", in *S.D.H.I.*, 1954, p. 318-320 ; BONA (F.), "Postliminium in pace", in *S.D.H.I.*, 1955, p. 249-275 ; MAFFI (A.), *Ricerche sul postliminium*, Milan, 1992.

²⁷⁴ D'après Ratti, les Sabinien, en adhérant à la philosophie stoïcienne, donnent une prépondérance à la matière, et ils nient l'acquisition de la propriété dans les cas d'accession séparable. Les Proculien, quant à eux, en adhérant aux concepts de la philosophie péripatéticienne d'après laquelle l'essence de la chose consiste dans sa forme, reconnaissent l'acquisition de la propriété, même dans les hypothèses où il est possible d'obtenir la séparation. Cette thèse de l'acquisition temporaire du droit de propriété soutenue par les Proculien serait devenue dominante à la fin de l'époque classique.

²⁷⁵ Phénomène que l'on retrouve pour toutes les hypothèses d'accession séparable (RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 273).

Certes, cette phrase nous parle d'une propriété interrompue "*intermissum dominium*" et d'ancienne propriété "*dominium redire*". Mais l'usage de ces termes est loin d'être décisif car rien ne prouve que les mots "*intermissum ... postliminio*" se réfèrent nécessairement à l'hypothèse de la renaissance des droits. Il suffit de rappeler ce qui a été dit par Guarneri Citati à propos d'une hypothèse similaire, et qui peut se rapporter à notre cas : il cite les termes "*restitui proprietatem*" et "*restitui ius*" que l'on retrouve au D 7.4.23.pr.²⁷⁷ et D 7.4.24.pr.²⁷⁸. Ces deux expressions ne signifient pas renaissance du droit, mais en les rapportant au cas d'inondation, ils mentionnent un état de suspension²⁷⁹.

Puis Ratti affirme que le droit classique connaît différents cas d'acquisition temporaire de pro-priété en matière de pécule castrence, de *restitutio in integrum*²⁸⁰, de legs purs et conditionnels²⁸¹. Mais surtout, il s'arrête sur un exemple d'acquisition de propriété temporaire (qu'il qualifie de "typique") : celle du sol attribuée au constructeur sur le littoral, jusqu'à ce que l'édifice ne soit pas complètement démoli.

Le cas, écrit-il "*è analogo a quello dell'accessione : anche qui il passaggio della proprietà è dipendente da un rapporto di congiunzione materiale tra due cose (edificio e suolo), e, ricollegato, a mio avviso, dalla giurisprudenza classica, al fatto che il lido, in seguito alla edificazione, perde pristinam litoris speciem* (D 41.1.14.1)"²⁸². Examinons les textes se rapportant à cette institution :

²⁷⁶ Ulpien D 44.2.11.4 lib. 75. ad edictum : "*Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellat ista exceptio, nisi forte intermissum dominium in medio tempore rediit quodam postliminio. Quid enim, si homo, quem petieram, ad hostibus fuerit captus, mox postliminio receptus ? hic exceptione summovebor, quia eadem res esse intellegitur. At si ex alia causa dominium fuerim nactus, non nocebit exceptio : et ideo si forte sub condicione res legata mihi fuerit, deinde medio tempore adquisito dominio petam, mox existente condicione legati rursus petam, putem exceptionem non obstaré : alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit*". DE FRANCISCI (P.), "Il trasferimento della proprietà", p. 236, 1924, estime que la phrase "*nisi forte-postliminio*" est interpolée. BESELER (G.), "Miscellen", in Z.S.S., 45, 1928, p. 481, quant à lui, déclare que l'ensemble du fragment est contaminé.

²⁷⁷ Pomponius D 7.4.23 pr. lib. 6. ad Quintum Mucium.

²⁷⁸ Javolenus D 7.4.24 pr. lib. 3. ex Posteriorum.

²⁷⁹ GUARNERI CITATI (A.), "Reviviscenze quiescenza nel diritto romano", in *Annali dell'Ist. di scienze giur., econ., pol., e soc., della R. Università di Messina*, 1, 1927, p. 64-65 ; 74 ; 76 n° 1.

²⁸⁰ Sur ces deux cas se reporter à GUARNERI CITATI (A.), "Reviviscenza", respectivement Chap. 1 § 5 et chap. 2 § 1. Sur la *restitutio in integrum* voir ADAME GODDARD (J.), "Palingsia di PS. 1, 7 : de integri restitutione", in *Estudios de derecho romano en honor de A. d'ORS*, 1, Pamplona, 1987, p. 89-129 ; KASER (M.), "Zur in *integrum restitutio*, besonders wegen *metus und dolus*", in Z.S.S., 94, 1977, p. 101-183 ; CERVENCA (G.), *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milan, 1965.

²⁸¹ Sur le legs conditionnel voir GUARNERI CITATI (A.), "Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione", in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 3, Milan, 1930, p. 439 et s.

²⁸² RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 271.

Gaius D 1.8.5.1 lib. 2 *Rerum cottidianarum sive Aureorum* : “*In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant*”.

Marcien D 1.8.6 lib. 3 *Institutionum* : “*In tantum, ut et soli domini constituentur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet : alioquin aedificio dilapso quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet*”.

Neratius D 41.1.14 lib. 5 *Membranarum* : “*Quod in litore quis aedificaverit, eius erit : nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt : nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt. I. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset. Quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem*”.

Nombreux sont les auteurs qui soutiennent que ces textes sont interpolés ²⁸³. Cependant, nous ne souhaitons pas approfondir l'examen difficile de la question qui nous emmènerait trop loin et peut être sans un résultat décisif. Par ailleurs, cela n'est pas nécessaire pour notre démonstration car, même si nous considérons ces trois fragments authentiques, ainsi que l'enseignement qu'ils contiennent, nous sommes bien éloignés d'un cas analogue à celui de l'accession séparable.

En cas de construction sur le littoral marin, la partie du sol occupée par l'édifice devient susceptible d'appropriation privée ²⁸⁴. Puis, lorsque l'édifice n'existe plus, le littoral, compte tenue de sa situation géographique, recouvre nécessairement sa condition juridique. Il redevient public (ou *res communis*) car il n'est pas concevable qu'une partie du littoral soit soustraite au régime juridique des *litora maris*.

²⁸³ En ce qui concerne le texte de Marcien, Beseler considère le passage “*aedificio-causam*” interpolé (BESELER (G.), “*Miscellanea*”, in Z.S.S., 45, p. 196). Le texte de Neratius est également soupçonné par quelques illustres romanistes : Bonfante estime que c'est un texte assez étrange dont le raisonnement est plutôt flou. Le littoral est déclaré public, puis il est assimilé aux *res nullius*. Si ce texte ne présente pas de mauvaises accommodations des compilateurs, il manifeste une oscillation singulière dans l'esprit des jurisconsultes (BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 1, Milan, 1966, p. 47). Pour Perozzi la phrase “*nam... fiunt*” est une glose (PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., vol. 1, Firenze, 1906, p. 599 n° 1). Enfin Siber, en essayant de reconstruire le texte, attribue aux bysantins les passages suivants : “*ut ea... videndum est*” “*sit... rursus*” “*quod... speciem*” (SIBER (H.), *Römischen Recht*, vol. 2, Römisches Privatrecht, Berlin, 1928 p. 62-63). En désaccord avec cela DI MARZO, *Le cose e i diritti sulle cose*, 1, p. 18-34, qui n'élève aucun soupçon contre ce fragment. Selon lui, les *litora maris* sont des *res nullius extra commercium* “*non suscettibili nella loro totalità di dominio privato*”. Cependant l'auteur traduit une certaine gêne en face de ce texte en écrivant qu'il faut l'interpréter “*con molto circospezione potendo condurre fuori di strada l'analogia che egli (Neratius) addita fra la condizione giuridica dei lidi del mare e quella dei pesci e degli animali selvaggi*”. D'une manière plus générale, RABEL, “*longi temp. praescriptio*”, p. 24, estime qu'il ne peut pas y avoir d'acquisition de propriété, même temporaire, car les textes, observe-t-il, parlent toujours de propriété sur le bâtiment. Il attribue aux bysantins la règle *solum aedificio cedit*. En ce sens SIBER (H.), (*op. cit.* à la p. 196) p. 62 n° 8, pour qui le sol littoral sur lequel est appuyé la construction n'appartient pas au constructeur.

²⁸⁴ En d'autres termes, le rivage sur lequel on a construit un petit bâtiment cesse d'avoir la condition juridique de littoral.

A l'opposé, en cas de séparation de la chose incorporée dans les différentes hypothèses d'accession mécanique, il n'y a aucune nécessité juridique à ce que l'accessoire, une fois séparé du principal, retourne au *prior dominus*. S'il existe un phénomène ayant pour effet d'entraîner l'extinction juridique de l'objet accessoire²⁸⁵ et du droit de propriété qui s'y rapporte, il n'existe aucun fondement à admettre la renaissance de l'ancien droit. Cela n'est pas le cas dans l'hypothèse en examen.

Nous estimons également qu'il est difficile de parler de véritable acquisition temporaire car cette acquisition peut durer indéfiniment (tant que l'édifice reste implanté sur le littoral). En réalité, à terme, n'importe quelle chose est sujette à destruction. Ainsi, celui qui acquiert du bois pour le brûler, de la nourriture pour la manger, ou encore un esclave ou un animal, ne les acquiert pas *pro tempore* mais définitivement, sauf à éteindre son droit quand l'objet vient à périr.

Enfin, une renaissance du droit de propriété due à la simple séparation de la chose accessoire paraît nettement impossible si l'on se réfère à l'enseignement contenu au D 6.1.23.5 *lib. 21. ad edictum* et : "*Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur : scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit*".

Paul, qui nous rapporte la pensée de Cassius, distingue deux techniques de soudure²⁸⁶. La *ferruminatio*, probablement la plus rare, entraîne une acquisition définitive et il n'est pas possible d'intenter l'*actio ad exhibendum*, ni à terme la *rei vindicatio*. Cette action est en revanche permise pour l'*adplumbatio*. La différence de traitement entre ces deux cas trouve son fondement dans le fait que seule la partie accessoire *ferruminata* est absorbée par la partie principale²⁸⁷.

Puis, le célèbre jurisconsulte conclut : "*quod semel alienum factum est... redire ad priorem dominum non posse*". Une chose acquise par accession ne peut pas retourner au *prior dominus* à la suite d'un simple détachement. L'enseignement contenu dans cette dernière phrase est déterminant car il ne s'applique pas uniquement à l'hypothèse en examen. Il s'agit du principe général du droit, en vertu duquel, ce qui est devenu à autrui, ne peut pas retourner à son ancien propriétaire sans une nouvelle cause d'acquisition²⁸⁸. Aussi, dans le cadre de la *ferruminatio*, le détachement de la chose accessoire ne constitue pas cette nouvelle cause.

Ce phénomène de transfert de propriété n'a pas lieu pour le cas de l'*adplumbatio*, car il n'y a pas de fusion organique. Les deux choses demeurent distinctes matériellement et

²⁸⁵ Comme le soutiennent les partisans de la théorie de l'extinction temporaire de la propriété.

²⁸⁶ Comme Paul expose la distinction de Cassius entre la *ferruminatio* et l'*adplumbatio*, il ne fait aucun doute qu'il adhère aux conclusions de ce dernier relatives aux effets particuliers de la *ferruminatio* ainsi qu'à leurs explications juridiques.

²⁸⁷ Dans cette hypothèse l'adjonction organique a pour effet de constituer une chose simple.

l'accessoire reste en dehors du champ d'application de la règle "*quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse*".

Ainsi, l'analyse des textes et des arguments invoqués contredit le raisonnement en vertu duquel l'union, puis la séparation, ont respectivement pour effet d'entraîner l'extinction puis la reconstitution juridique de l'entité absorbée et du droit de propriété qui s'y rapporte.

Nous estimons que cette erreur est la conséquence des arguments invoqués à propos de la perte de l'individualité juridique. En effet, l'idée de la perte de cette individualité n'est pas autre chose que le résultat d'une fiction juridique dont il s'agit de ne pas exagérer la portée. Cette fiction se concilie plus ou moins parfaitement avec la nature des faits, suivant que l'on envisage les différents cas d'accession. Nous avons dit que nous pouvions concevoir facilement la perte de l'individualité de la chose incorporée dans les cas d'alluvion, de relais et de mixtion. Le même événement se produit pour les hypothèses d'accession organique tel que cela arrive pour une feuille de parchemin et l'écriture mise sur elle, pour une peinture et la tablette qui la porte, ou pour le bras forgé à une statue. Dans ces exemples, l'idée d'une extinction juridique de l'objet accessoire et d'une extension matérielle de la chose principale paraît moins impropre pour justifier que l'accession est un moyen d'acquisition de la propriété. Dans ces hypothèses, la chose incorporée se confond intimement avec le bien principal de telle sorte qu'il y a perte de l'individualité du bien au sens physique et matériel.

Mais, dans les cas d'adjonction artificielle où l'on envisage un immeuble construit sur un terrain autrefois nu ou une pierre précieuse enchâssée sur un anneau, cette fiction juridique devient alors beaucoup plus difficile à admettre et à se justifier. Il n'y a aucune disparition matérielle de l'objet accessoire. L'immeuble ou la pierre précieuse se distingue parfaitement bien du sol ou de l'anneau et forme une individualité parfaitement visible. Comment peut-on prétendre que le bâtiment n'est qu'une "*qualité du sol*" qui le porte ? La construction est individualisée. Elle peut d'ailleurs être enlevée sans que sa démolition porte atteinte au terrain lui-même. En réalité, les choses incorporées dans les différentes hypothèses d'accession séparable ne se confondent pas avec l'objet principal, elles n'y perdent pas leur substance. Simplement, elles cessent d'avoir une propre fonction économique et sociale²⁸⁹.

D'ailleurs, cette fiction juridique de la perte de l'individualité du bien accessoire n'est pas nécessaire pour justifier juridiquement le droit que possède le propriétaire du bien principal. Il s'agit seulement d'interpréter rationnellement les différentes dispositions relatives à l'accession artificielle. Par exemple, dans les cas des constructions sur le terrain d'autrui, il n'y a pas perte de l'individualité au sens matériel du mot, il n'y a pas non plus perte au sens abstrait et juridique. Simplement, l'individu qui a construit perd la

²⁸⁸ En ce sens MONIER (R.), *tignum* (op. cit. à la p. 11) p. 50 : si une fois acquis au maître de la statue, le bras ne peut pas retourner à son ancien maître, même s'il vient à être arraché c'est que "*l'on peut déduire a contrario : pour qu'on puisse recouvrer la chose après la séparation, il faut que la chose unie ne soit pas devenue alienum ; et puisqu'on peut revendiquer après séparation dans les cas d'union dissoluble, c'est qu'on est resté propriétaire*".

²⁸⁹ En ce sens SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933, p. 84.

situation juridique qu'il avait acquise du fait de son acte de construire. Il perd ses droits sur ce bien tant que dure l'union, lesquels sont transmis au propriétaire de la chose principale²⁹⁰ : "*Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*"²⁹¹.

Par conséquent, pas plus qu'il ne résulte automatiquement du rapport d'accessoire à principal que la propriété de l'accessoire doit suivre celle du principal, qu'on ne peut, en logique, déduire de ce rapport que l'accessoire doit prendre la même nature juridique que le principal.

SECTION 2 Examen des textes démontrant que l'objet accessoire ne prend pas toujours la nature juridique de l'objet principal

Sans doute telle ou telle règle applicable au principal atteint-elle l'accessoire, mais nombreux sont les textes qui démontrent que nous sommes loin d'un "nivellement complet".

En effet, dans le cadre de la théorie de la possession et de l'usucapion, les choses simples se comportent comme une chose unique. Au contraire, lors-que l'adjonction a pour effet de constituer une chose composée, le fait de posséder ou d'usucaper l'ensemble n'implique pas posséder ou usucaper les éléments accessoires composants (§ 1) ; la vente du tout n'implique pas la vente des parties, si celles-ci appartiennent à autrui (§ 2)²⁹².

§ 1) Impossibilité pour le propriétaire du *corpus ex cohaerentibus* de posséder et d'usucaper en même temps les parties accessoires constitutives

Paul D 41.2.30 pr lib. 15 ad Sabinum : "*Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possidisse. Item dici debet et de nave et de armario*". Ce fragment peut recevoir une double interprétation selon le sens que l'on attribue aux mots *quae in aedificio sunt*. Soit ils signifient les choses qui sont contenues dans l'édifice, le navire ou les armoires, et établissent le principe que le possesseur du contenant ne possède pas le contenu²⁹³. Soit ils signifient les choses qui composent le *corpus ex cohaerentibus* et expriment l'idée que le possesseur du tout ne possède pas les parties composantes²⁹⁴.

²⁹⁰ Ce raisonnement s'adapte à toutes les hypothèses d'accession séparable.

²⁹¹ IG II.73.

²⁹² En ce sens BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 1, Milan, 1966, p. 107.

²⁹³ En ce sens SAVIGNY (K.Fr.v.), *Das Recht des Besitzes*, 6ème éd., 1837, § 17 ; MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz*, Berlin, 1876, p. 109 ; RUGGIERI, *Possesso*, Firenze, 1880, 1, p. 142.

Les choses dont nous parle Paul, “armoire, navire, édifice”, présentent la double qualité d’être des choses composées et des choses capables d’en contenir d’autres ; mais il nous paraît certain qu’elles sont données ici comme exemples de corps composés.

En effet, elles sont précisément citées toutes les trois comme un exemple typique de *corpora connexa* par Pomponius dans le texte relatif à la division théorique tripartite des choses : “*Tria autem genera sunt corporum... alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter e cohaerentibus constat, quod (coniunctum) vocatur, ut aedificium navis armarium...*”²⁹⁵.

Le principe que le possesseur du contenant ne possède pas le contenu est indépendant de la qualité du contenant ; peu importe qu’il soit un corps simple comme une amphore ou un corps composé comme une armoire. Si Paul ne donne comme exemples que des *corpora connexa*, et s’il choisit précisément ceux qui sont les exemples ordinaires de ce genre de corps, c’est qu’il veut nous indiquer une *regula iuris* spéciale aux corps composés²⁹⁶ : le possesseur du *corpus ex cohaerentibus* ne possède pas les parties accessoires en tant que choses distinctes de l’ensemble²⁹⁷.

Par conséquent, l’idée qui est exprimée dans ce texte prouve le maintien de l’individualité juridique de la chose incorporée dans le cadre de la possession²⁹⁸, et corrélativement de l’usucapion.

²⁹⁴ En ce sens PEROZZI (S.), “Sul possesso di parti di cosa”, in *Studi giuridici et storici per l’VIII centenario della Università di Bologna*, Rome, 1888, p. 244.

²⁹⁵ Pomponius D 41.3.30.pr. *lib. 30. ad Sabinum*.

²⁹⁶ Nous pensons en effet que si Paul voulait établir le principe que le possesseur du contenant ne possède pas le contenu, il aurait également pris comme exemple un corps simple.

²⁹⁷ Cette idée est confirmée par plusieurs textes : Javolenus D 41.3.23 pr. *lib. 9 Epistolarum* : “*Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere : nam si singulas res possidere intellegitur, ipsas non possidebit : separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit...*”. Venuleius D 43.24.8 *lib. 2 Interdictorum* : “*...Ceterum per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii, nec ad rem pertinet, adfixae sunt an tantum positae*”. Paul D 41.4.2.6 *lib. 54 ad Edictum* : “*Priscus ait... quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes*”.

²⁹⁸ Remarquons que le texte en examen fait référence aux édifices mais également aux navires et armoires. Cela semble signifier que la règle s’applique aussi bien aux adjonctions de meuble à immeuble qu’aux adjonctions de deux meubles. Cependant, cela est contredit par un texte de Pomponius au D 41.3.30.1 *lib. 30 ad sabinum* : “*...Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma ? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum*”. Si une personne a enchâssé sur une bague en or une pierre précieuse appartenant à autrui, dont cette personne a commencé l’usucapion, cette dernière continue à posséder tant l’anneau que la bague parce que *utrumque manet integrum*. Il est donc possible de poursuivre l’usucapion déjà commencée en la complétant avec le temps manquant. Ce texte est soupçonné d’interpolations par PAMPALONI (M.), “Appunti sulla confusione e sulla commissione in diritto romano”, in *B.I.D.R.*, 37, 1929, p. 51 ; MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 235 et s. En effet, il nous semble certain que dans le cadre de l’adjonction de deux meubles, le propriétaire de l’ensemble n’est pas propriétaire des parties qui le composent. Il n’y a aucune raison de traiter différemment ces deux catégories d’accession, comme en atteste le texte en examen.

Paul D 6.1.23.7 *lib. 21. ad Edictum* : “*Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit : nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat*”.

Paul se demande si l'*emptor bonae fidei* qui a usucapé le bâtiment²⁹⁹ (et qui par conséquent en a acquis la propriété) peut revendiquer les matériaux composants. Il affirme qu'il ne le peut pas parce que *nec enim singula cementa usucapiuntur*. L'acquisition de la propriété de l'ensemble du *corpus ex cohaerentibus* par usucapion ne suffit donc pas à faire acquérir celle des éléments qui le composent³⁰⁰. Ils sont indépendants l'un de l'autre ; autrement il suffirait que l'*emptor bonae fidei* soit devenu propriétaire de l'édifice pour le rendre aussi propriétaire des *caementa* et des *tigna*. Le motif qui pousse Paul à rejeter l'usucapion des matériaux est clair³⁰¹ : si on ne possède pas les choses accessoires constituantes, il n'y a pas d'usucapion possible³⁰².

Ainsi, les conclusions qu'il est permis de tirer du texte en examen, semblent nettement contraire à la thèse de “l'extinction-renaissance” favorable au principe de la perte de l'individualité juridique de la chose accessoire incorporée.

Cette question est posée dans d'autres textes et elle est toujours résolue de la même manière. Ainsi, d'après Gaius, usucaper l'*universitas aedificii* ne signifie pas usucaper les *singulae res ex quibus constabat*³⁰³ ; la même solution est proposée par Julien au D 6.1.59³⁰⁴, ainsi que par Javolenus au D 41.3.23.2³⁰⁵, ou enfin par Pomponius dans son

²⁹⁹ Selon les recherches de PEROZZI (S.), “Sul possesso di parti di cosa”, in *Studi giuridici et storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Rome, 1888, p. 287-315, confirmées par MONIER (R.), *tignum* (op. cit. à la p. 11) p. 250, 252, 253 : “*usucapiuntur ne peut désigner une usucapion spéciale des tigna iuncta, mais indique le fait de l'acquisition de la propriété*”, “*la propriété des matériaux n'est pas acquise, si la maison devient nôtre*” (Monier p. 253). Le verbe “*usucapere*” est donc utilisé dans notre texte, comme au D 41.1.7.11 et D 41.3.30.1, c'est-à-dire dans le sens d'acquérir la propriété. Pour plus de précision sur ces deux textes se reporter à PAMPALONI (M.), “Appunti sulla confusione e sulla commissione in diritto romano”, in *B.I.D.R.*, 37, 1929, p. 49 et s.

³⁰⁰ A ce propos voir MAYER-MALY (T.), “Studien zur elementarliteratur über die *Usucapio*”, in *Studi E. BETTI*, 3, Milan, 1962, p. 453-504 ; YARON (R.), “Reflections on *usucapio*”, *Tijdschrift*, 35, 1967 ; PRICHARD (A. M.), “Early *usucapio*”, in *L.Q.R.*, 90, 1974, p. 234-245 ; KASER (M.), “Altrömisches Eigentum und *usucapio*”, in *Z.S.S.*, 105, 1988, p. 128-164 ; SANCHEZ-MORENO ELLART (C.), “La *accessio possessionis* en el derecho romano clasico. Contribucion al estudio de la *accessio possessionis* en la usucapion”, in *B.I.D.R.*, 37-38, 1995-1996, p. 455-569.

³⁰¹ La réponse de MONIER (R.), *tignum* (op. cit. à la p. 11) p. 237, à cette question est insuffisante quand il répond : “*peut-être ont-ils estimé qu'il était injuste de laisser courir la prescription contre un homme qui ne pouvait se défendre*”.

³⁰² Ce motif est mis en évidence par Javolenus au D 41.3.23.2 *lib. 9. Epistolarum*.

³⁰³ D 41.1.7.11 *Gaius lib. 2. rerum cottidianarum sive aureorum* : “*Illud recte quaeritur, an, si id aedificium vendiderit is qui aedificaverit et ab emptore longo tempore captum postea dirutum sit, adhuc dominus materiae vindicationem eius habeat. Causa dubitationis est, an eo ipso, quo universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent : quod non placuit*”.

non moins important fragment mentionné au D 41.3.30.1³⁰⁶.

§ 2) Impossibilité pour le propriétaire du *corpus ex cohaerentibus* d'acheter ou de vendre en même temps les parties accessoires consti-tutives

L'enseignement contenu dans les textes précé-demment évoqués s'applique également à l'achat ou à la vente du *corpus ex cohaerentibus*. Nous en puisons la preuve dans un autre texte de Paul, toujours tiré de l'œuvre *ad Edictum*.

Paul D 21.2.36 lib. 29. *ad Edictum* : “*Nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte*”. Lorsqu'une personne achète un bâtiment ou un navire³⁰⁷, les différentes planches ou les différents matériaux qui le composent ne sont pas censés achetés. Ainsi, en cas d'éviction, l'acheteur ne peut pas se retourner *evictionis nomine* contre le vendeur. Les informations contenues dans ce texte sont probantes et pour nous précieuses puisque Paul confirme la parfaite indépendance entre le *corpus ex cohaerentibus* et ses parties constituantes. Seuls la maison ou le navire sont acquis, les *caementa* (ou les *tabulae*) *emptae non intelleguntur*³⁰⁸, conséquemment l'éviction des *caementi* (ou des *tabulae*) est différente de l'éviction d'une partie de l'édifice ou du navire³⁰⁹.

³⁰⁴ Julien D 6.1.59 lib. 6. ex Minicio : “*Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit : quaero is qui imposuerat possetne ea vindicare. Respondit posse : nam quae alienis aedificiis conexas essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti*”.

³⁰⁵ Javolenus D 41.3.23.2 lib. 9. *Epistolarum* : “*Si autem demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur. Et non potest quis recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt : nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt et cohaerentibus his in aedificio, depositis aedibus, quae hoc quoque ipsum continent. Neque enim recipi potest ut eadem res et ut res soli tamquam mobilis sit possessa*”.

³⁰⁶ Pomponius D 41.3.30.1 lib. 30. *ad Sabibum* : “*Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma ? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum*”.

³⁰⁷ Paul nous donne comme exemple un vaisseau ou une maison, mais il ne fait aucun doute qu'en réalité il fait référence à toutes les hypothèses d'union mécanique.

³⁰⁸ Dans le même ordre d'idée voir Paul D 21.2.42 lib. 53. *ad Edictum* qui affirme : “*Si praegnas ancilla vendita et tradita sit, evicto partu venditor non potest de evictione conveniri, quia partus venditus non est*”.

³⁰⁹ Se reporter à BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 1, Milan, 1966, p. 134 n° 1.

CHAPITRE 2 : L'accession séparable a-t-elle pour effet de suspendre le droit de propriété ?

Que le principe de la suspension du droit de propriété soit retenu par le système de Justinien dans le cadre de l'union d'un meuble et d'un immeuble, la chose est à notre avis incontestable³¹⁰, et dérive de n'importe quelle source³¹¹. Par contre, certains estiment que cette solution a été discutée³¹², voir con-testée par un courant de jurisprudence devenu dominant à la fin de l'époque classique³¹³ (**Section 1**).

Par ailleurs, rien ne prouve que les jurisconsultes, puis les compilateurs, aient admis les mêmes principes en cas d'union de deux meubles. Sokolowski³¹⁴ notamment a soutenu que les solutions données par les romains, dans le cas d'*inaedificatio* où ils

³¹⁰ C'est ainsi que BIONDI (B.), *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. 1, Milan, 1929, p. 254-255, affirme en évoquant l'hypothèse de l'union d'un meuble à un immeuble : "...il proprietario del suolo in virtù del principio superficies solo cedit acquista il dominio dell'edificio. Ma ciò non vuol dire che acquista la proprietà dei singoli materiali impiegati per la costruzione, tanto vero che se per una ragione qualsiasi i materiali sono staccati dal suolo, il proprietario di essi può rivendicarli, la qual cosa dimostra che egli non ne aveva perduto il dominio...". Se reporter également aux pages 163 et 164 du même ouvrage : "in ordine alla casa è ben possibile che taluno sia proprietario del tutto senza essere proprietario di qualche parte (tegole, imposte, materiali di costruzione)... Quindi possiamo dire che le cose ex cohaerentibus sono quelle che consentono la coesistenza a favore di persone diverse della proprietà sul tutto con la proprietà su singole parti. In questi casi la proprietà sulla parte si trova in uno stato di quiescenza, nel senso che il proprietario non può esercitare gli attributi della proprietà sino a che dura l'unione con la cosa composta ; la proprietà non è perduta, poiché se per una ragione qualsiasi cessa la connessione, la proprietà sulla parte risorge in tutta la sua interezza". Dans le même ordre d'idée SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Rome, 1928, p. 42 : "può benissimo concepirsi un diritto di proprietà sopra una tavola, anche quando questa sia diventata parte di una nave altrui... in certi casi è possibile tener distinte le parti dal tutto" ; p. 262 "colui che sulla cosa ha poteri attualmente più ristretti è precisamente il proprietario... è il caso del tignum iunctum ... Questo è un caso tipico, ma ce ne sono altri meno marcati nei quali pure il proprietario è privato dell'attuale disposizione della cosa" ; BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 73-74 et 89 : "ciò che importa è che il dominio sulla cosa intera non si vuol confondere col dominio delle parti" ; "una proprietà della cosa intera.... non significa in pari tempo la proprietà degli elementi che la costituiscono". Les auteurs suivants se prononcent en faveur de cette théorie sans réellement argumenter : SIBER (H.), (*op. cit.* à la p. 196) p. 57 et s., TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990, p. 417, d'après lequel les effets sont plus modestes lorsque l'accession n'est pas définitive : "Il proprietario della cosa principale acquista la nuova cosa, ma non si estingue definitivamente il diritto del proprietario della cosa accessoria, che, invece, entra in un particolare stato di quiescenza e rivive in caso di separazione" ; BETTI (E.), *Istituzioni di diritto romano*, Vol. 2, Padoue, 1947, p. 404, affirme que dans le cas où l'union donne naissance à une chose composée, "la primitiva proprietà dell'accessorio cade soltanto in stato di quiescenza".

³¹¹ GaiusD 41.1.7.10 lib. 2. rerum cottidianarum sive aureorum = I 2.1.29.

³¹² En ce sens SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907, p. 111 et s.

³¹⁴ SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907, p. 112 et s.

étaient liés par un texte formel de la loi des XII tables, étaient contraires aux principes généraux de l'accession et différentes des décisions rendues dans les matières voisines (Section 2).

SECTION 1 Dans le cadre de l'union d'un meuble et d'un immeuble

La question de l'existence d'un concept favorable à la suspension du droit de propriété, avant même la législation de Justinien, nous semble devoir être posée. En effet, plusieurs études montrent que cette notion était parfaitement connue des juristes du Haut-Empire³¹⁵. Mais dans quelle proportion ? Les jurisconsultes classiques étaient-ils tous d'accord sur ce point ? Ce concept a-t-il connu une autre dimension dans la législation de Justinien ? Pour répondre à ces différentes questions il convient d'examiner une série de textes émanant directement des grands jurisconsultes de cette période, et si l'on arrive à prouver qu'ils en sont bien les auteurs, il en résultera comme conséquence logique que le concept de suspension du droit de propriété connaissait déjà une application subs-tantielle aux II^{ème} et III^{ème} siècles.

Ulpien D 44.2.7.2 *lib. 75 ad Edictum* : *"In his igitur fere omnibus exceptio nocet : sed in cementis et tignis diversum est : nam is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere : etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt : denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest"*. Si en ayant échoué dans la revendication d'une maison, on agit ensuite pour les *caementa* ou les *tigna*, on est censé former une demande différente de la première, et on ne peut pas se voir opposer l'exception fondée sur le jugement intervenu. En effet, le propriétaire de la maison peut ne pas être propriétaire des matériaux qui entrent dans sa construction. Lorsque les matériaux sont séparés³¹⁶ de

³¹³ Nous rappelons que Ratti estime que cette thèse de l'extinction temporaire du droit de propriété a été soutenue par les Proculiens, puis est devenue dominante à la fin de l'époque classique. Dans le système de Justinien, au contraire, on substitue à l'extinction temporaire de la propriété le principe de suspension du droit de propriété. BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 76, quant à lui nie qu'il y a eu ombre d'une discorde entre les deux écoles sur ce point : *"entrambe le scuole anche nell'unione meccanica riconoscevano acquisto di proprietà sul tutto, entrambe le scuole ammettevano una proprietà quiescente del prior dominus sulle parti aggiunte, entrambe ammettevano la risoluzione del tutto nelle sue parti, mediante l'esperimento dell'action ad exhibendum"* ; et poursuit plus loin : *"non è vero che i sabiniani neghino l'acquisto quando non c'è la così detta fusione organica delle due cose ed i proculiani l'ammettevano : nelle due figure di accessione, abbiamo visto non vi è divergenza fra le due scuole : le due ipotesi ripeteremo, di acquisto risolubile e di acquisto definitivo sono comuni ad entrambe le scuole"* (p 74). En ce sens également GUARNERI CITATI (A.), *"Reviviscenza"*, (op. cit. à la p. 194) p. 33-61 ; GUARNERI CITATI (A.), *"cosiddetta"*, (op. cit. à la p. 170) p. 227-387.

³¹⁵ GUARNERI CITATI (A.), *"Reviviscenza"*, (op. cit. à la p. 194) p. 33-61 ; GUARNERI CITATI (A.), *"cosiddetta"*, (op. cit. à la p. 170) p. 227-387 ; SAN NICOLÒ, *"Recensione di Guarneri Citati. Reviviscenza e quiescenza"*, in Z.S.S., 49, p. 528 et s.

³¹⁶ Il est évident que l'on fait référence à la revendication des *tigna* et *caementa* séparés du bâtiment, car si tel n'était pas le cas, leur propriétaire se verrait opposer l'interdiction *decemvirale*. Cela nous est rapporté par Gaius au D 41.1.7.10 *lib. 2. rerum cottidianarum sive aureorum* : *"sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet"*.

l'édifice, leur propriétaire peut les revendiquer. D'après Ulpien le propriétaire du principal n'est pas propriétaire des accessoires quand ceux-ci appartiennent à un autre.

Nous rappelons cependant que l'enseignement contenu dans ce passage semble être précisément l'inverse de celui exposé au *principium*, évoqué précédemment³¹⁷. Aussi, en s'appuyant sur cette contradiction, certains auteurs³¹⁸, dont notamment Ratti³¹⁹, objectent que ce texte soit interpolé. Si Ulpien, nous dit ce dernier, affirme au début du fragment que l'on doit opposer l'*exceptio rei iudicatae* à celui qui revendique les *tigna* ou les *lapides*, après avoir revendiqué sans succès l'ensemble de la construction, et qu'il refuse l'opposabilité de l'*exceptio* dans le paragraphe deux, c'est qu'il est probable que la phrase "*Etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt*" provienne des compilateurs³²⁰. Cependant cela paraît peu probable car le fait d'enlever cette partie du texte n'élimine pas les contradictions entre les deux passages.

Le paragraphe deux ainsi reconstruit ("*...sed in cementis et tignis diversum est : nam is qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere*") exclut toujours l'*exceptio rei iudicatae* qui est par contre admise au *principium*. Par ailleurs, la revendication des *tigna* et des *caementa* reste distincte de la revendication de la maison, alors que dans le début du texte, la revendication des matériaux est implicitement contenue dans la revendication de l'ensemble.

L'insertion de la phrase "*Etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt*" par les compilateurs ne présente que peu d'intérêt, car elle n'apporte aucune modification substantielle de l'enseignement contenu dans ce paragraphe. Le concept d'une propriété des matériaux indépendante de la propriété du bâtiment est toujours implicitement reconnu. Considérer que la revendication des matériaux n'est pas contenue dans la revendication de la maison et exclure l'*exceptio rei iudicatae*, signifie reconnaître en substance que la propriété de la maison n'emporte pas toujours nécessairement la propriété des parties composantes.

Bien sûr, nous devons reconnaître que la motivation "*etenim cuius insula est, non*

³¹⁷ Ulpien D 44.2.7.pr. lib. 75 ad Edictum. : "*Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est : eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petatum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem ob stare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur : nam nocebit exceptio. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat : Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem...*". Ulpien déclare opposable l'*exceptio rei iudicatae* contre celui qui revendique les *tigna* ou les *lapides* composants un bâtiment, après avoir revendiqué sans succès ce bâtiment dans son ensemble. D'après ce texte, la revendication de l'accessoire est implicitement contenue dans la revendication de la totalité. Voir *infra* p. 182 et s.

³¹⁸ BESELER (G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, p. 21 ; HUVELIN (P.), *Etude sur le furtum dans le très ancien droit romain*, T. 1 (Les sources), Lyon, 1915 (ce dernier renvoi simplement au premier).

³¹⁹ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 288.

³²⁰ Cette phrase est justement celle qui contient le principe de la non extinction de la propriété.

utique et cementa sunt” peut à première vue, ne pas sembler par-faitement connexe avec ce qui précède. Quand Ulpien nous dit “*videatur aliud petere*”, le problème semble résolu, et il n’est pas nécessaire d’ajouter des explications complémentaires³²¹.

Cette motivation constitue cependant le plus puissant argument en faveur de l’inopposabilité de l’*exceptio rei iudicatae* car si on admet l’indépendance de la propriété du bâtiment par rapport aux matériaux composants, on admet corrélativement que le jugement relatif au premier, peut ne pas être relatif au second.

Ainsi, nous affirmons que le texte en examen n’est pas interpolé ; celui qui est repoussé dans la revendication de l’édifice peut très bien être pro-priétaire des matériaux, et ensuite triompher, malgré la précédente défaite, dans la revendication des *tigna* et *caementa*. La motivation “*in ea condicione est, ut videatur aliud petere, etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt*” est parfaitement adaptée.

Nous ne voyons pas pourquoi Ratti s’appuie sur le début du fragment pour soutenir l’interpolation du paragraphe deux et pour mettre en exergue la prédo-minance de la théorie de l’extinction du droit de pro-priété dans la législation de l’époque classique³²². En effet, celui qui revendique ses *caementa* ou ses *tigna* après la séparation, ne peut pas se voir opposer l’*exceptio rei iudicatae*, et cela que l’on se situe dans le courant d’approbation de la thèse de la suspen-sion du droit de propriété ou de la thèse de “la renaissance des droits”³²³. Le raisonnement invoqué par les auteurs partisans de cette dernière théorie est absolument incompatible avec les assertions de l’émi-nent romaniste.

Rappelons que Ratti se fonde sur les déclara-tions d’Ulpien d’après lesquelles l’*exceptio rei iudicatae* est opposable à celui qui revendique les *tigna* ou les *lapides* composant un bâtiment, après avoir revendiqué sans succès ce bâtiment dans son ensemble. Or, toujours d’après Ratti, si on oppose l’*exceptio* pour les parties, cela signifie que “*i materiali sono compresi implicitamente nell’edificio, nel senso che la proprietà dell’edificio comprende implicitamente quella della parte*”³²⁴. Par conséquent, l’ancien

³²¹ En ce sens KALINKA, “Digestenkritik u. Philologie”, in Z.S.S., 47, p 331.

³²² Ratti reconnaît que l’on peut admettre la distinction entre la propriété de l’ensemble et la propriété des parties composantes, mais uniquement à propos des *corpus ex distantibus*. Il exclut les corps composés *ex cohaerentibus*, “*giacchè, non v’è alcuna analogia tra corpi distanti e corpi composti (per la circostanza fondamentale che le sole parti dei corpi distanti sono autonome), come non v’è normalmente analogia tra proprietà e possesso*”. Nous reconnaissons volontiers que pour les romains le troupeau était considéré comme un “*unum corpus*” (se reporter à la démonstration de BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La propriété, Part. 1, Milan, 1966, p. 114 et s). Et quand nous lisons le paragraphe d’Ulpien mentionné au D 6.1.1.3 *lib. 16 ad Edictum* (“*gregem nostrum esse, licet singula capita nostra non sint*”), nous avons la preuve la plus lumineuse de la possibilité pour les jurisconsultes classiques de concevoir la propriété d’un *corpus* indépendamment de la propriété des animaux composants (En se sens également Julien D 6.1.56 *lib. 78. Digestorum*). Nous n’avons alors aucun motif pour considérer que ce concept n’a pas été retenu pour les *corpus ex cohaerentibus* ? (Sur ce point se reporter à BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La propriété, Part. 1, Milan, 1966, p. 117, 129).

³²³ Nous rappelons que le fait d’opposer l’*exceptio rei iudicatae* à celui qui revendique les accessoires composant un *corpus ex cohaerentibus*, après avoir revendiqué sans succès ce *corpus ex cohaerentibus* dans son ensemble, ne signifie pas qu’il y ait acquisition des accessoires incorporés (voir *infra* p 180 et s.).

propriétaire a perdu son droit de propriété³²⁵.

Nous observons cependant que d'après la théorie de "l'extinction-renaissance", dès la séparation, la chose renaît ainsi que le droit de propriété qui s'y rapporte³²⁶; l'ancien propriétaire retrouve le droit de propriété qu'il a perdue pendant l'union. Conséquemment, ce dernier peut toujours repousser victorieusement l'exception fondée sur le jugement intervenu en avançant qu'il revendique les matériaux de plein droit parce qu'il en est redevenu le propriétaire légitime³²⁷.

Ce même raisonnement nous est rapporté par de nombreux textes. Par exemple Julien nous dit au D 44.2.25 pr. *lib. 51. Digestorum*, que l'*exceptio rei iudicatae* ne s'oppose pas à celui qui a formé la demande d'une succession avant d'avoir la qualité d'héritier et que depuis qu'il a cette qualité, il en forme de nouveau la même demande³²⁸. Ulpien quant à lui annonce au D 44.2.11.4 *lib. 75 ad Edictum* : "*si... alia causa nova post petitionem mihi accesserit... non me repellat ista exceptio...*"; et au paragraphe cinq "*itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit...*".

Une double conséquence découle de cette analyse : d'une part, on ne peut pas déclarer valide la règle "*nocebit exceptio si quis insulam petierit... deinde... tigna vel lapides petat*" mentionnée au fragment *principium*³²⁹. D'autre part, le paragraphe deux est authentique car celui qui agit pour les matériaux après avoir revendiqué le bâtiment ne peut pas se voir opposer l'*exceptio rei iudicatae*³³⁰.

Aussi, puisque la contradiction entre les deux textes subsiste, il est possible de les concilier en soutenant que le *principium* est interpolé. Cette explication a été soutenue par Guarneri Citati qui a examiné ce texte sans se préoccuper de son incompatibilité avec le second paragraphe³³¹. Il remarque que ce passage d'Ulpien commence avec l'affirmation que l'*exceptio rei iudicatae nocet*, quand après avoir demandé le tout, on

³²⁴ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 287.

³²⁵ Dans la discussion qui suit nous admettons seulement par commodité de raisonnement la thèse de Ratti. Il s'agit bien évidemment d'une hypothèse que nous n'acceptons pas.

³²⁶ C'est une des conséquences directes de la théorie de "l'extinction-renaissance".

³²⁷ Il semble que RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 289-290, ne tient pas suffisamment compte de cet argument. En effet, c'est précisément parce qu'il soutient qu'avec la séparation renaît la propriété éteinte par l'adjonction, qu'il doit admettre que l'*exceptio rei iudicatae* ne peut pas être opposé contre celui qui avant l'adjonction était propriétaire des *tigna* et des *caementae*.

³²⁸ Julien D 44.2.25.pr *lib. 51. Digestorum* : "*Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit et postea heres factus eandem hereditatem petet, exceptione rei iudicatae non summovebitur*".

³²⁹ La règle reste cependant valable si l'on considère qu'après la destruction de l'édifice, le demandeur agissant pour les *tigna* et *caementa* composants, n'en a pas la propriété (nous aurons à y revenir).

³³⁰ Cette règle est valable que l'on soit partisan de la théorie de la suspension ou de l'extinction temporaire du droit de propriété.

³³¹ GUARNERI CITATI (A.), "*cosiddetta*", (*op. cit.* à la p. 170) p. 304-305.

demande la partie (*nam pars in toto est e quindi ricorre l'eadem res*) ; puis le juris-consulte nous dit que le même évènement se produit si l'on revendique *duo corpora* et qu'ensuite on demande séparément l'un des deux. Et il poursuit littéralement : "*item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat : Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem...*". La *petitio* des arbres coupés après la *petitio* du sol est assimilée à la *petitio* des *tigna vel lapides* après la *petitio* de l'édifice. Or, nous dit Guarneri Citati, de telles assimilations ne se justi-fient pas, car nous avons affaire en réalité à des situations bien différentes.

Si l'on n'est pas propriétaire du sol ³³², on ne peut pas être propriétaire de la maison (et *vice versa*), et cela conformément au principe *superficie solo cedit*. A l'opposé, nous avons vu que celui qui n'est pas propriétaire de la maison peut très bien être propriétaire des matériaux ou peut le redevenir (selon la théorie de Ratti) automatiquement après la sépara-tion. Aussi, dans le premier cas, l'*exceptio rei iudicatae* doit toujours avoir lieu (parce que si je suis propriétaire de l'un je suis automatiquement pro-priétaire de l'autre), ce qui n'est pas le cas pour la seconde hypothèse. En conséquence, poursuit Guarneri Citati, il apparaît douteux de mettre ces deux hypo-thèses sur la même ligne, et affirmer avec la même force, pour l'un comme pour l'autre, "*nocebit exceptio*".

Par ailleurs, le romaniste estime que le brusque passage de la troisième à la première personne (*petat, petiero, vindicem*) offre une autre raison formelle en faveur de la non authenticité du texte. D'après lui, les termes "*vel tigna vel lapides petat*" n'ont pas été écrits par Ulpien mais ont été insérés par les compilateurs.

En réalité, les arguments formulés par Guarneri Citati sont fortement contestables. Nous ne comprenons pas pourquoi les compilateurs admettent l'*exceptio* dans le *principium*, pour y renoncer par la suite. Tel est en effet le cas si l'on considère que dans le paragraphe deux, Ulpien nie l'*exceptio* par rapport aux *tigna* et *caementa*, et qu'une telle solution est également admise par Justinien. En d'autres termes, si selon le raisonnement de Guarneri Citati le *principium* est interpolé, cela signifie que la contra-diction demeure dans le système de Justinien.

Nous estimons qu'il est plus raisonnable de concilier ces deux passages en construisant une argu-mentation qui n'aboutisse pas à la constatation d'une interpolation de texte. Lorsqu'une personne revendique les *tigna* ou les *lapides* composant un bâtiment, après avoir revendiqué sans succès ce bâtiment dans son ensemble, deux hypothèses peuvent se présenter : l'une correspondant au *principium*, l'autre au paragraphe deux.

Dans le premier cas, le demandeur constate que le *corpus ex cohaerentibus* est composé de plusieurs éléments ³³³. En partant de ce postulat, après la des-truction, il tente à nouveau sa chance pour les matériaux composants. L'argument avancé est identique à celui pour lequel il s'était déjà inutilement déclaré propriétaire de l'édifice. Ici, le juge peut vala-blement opposer l'*exceptio rei iudicatae* pour ne pas avoir à réexaminer le même problème.

³³² Un raisonnement analogue peut se faire pour le cas du fonds et des arbres.

³³³ Cette idée ressort nettement lorsque l'on examine le *principium*.

Dans la deuxième hypothèse correspondant au paragraphe deux, le demandeur se voit dans un premier temps opposer l'*exceptio* lors de la revendication de la maison dans son ensemble. Puis, il forme une demande différente de la première après la destruction de l'édifice pour réclamer les matériaux qui lui appartiennent. Dans ce cas, à la différence de la première hypothèse, on ne peut pas lui opposer l'*exceptio rei iudicatae*.

Le *principium* fait référence à l'hypothèse la plus fréquente où le demandeur n'est ni propriétaire de l'édifice, ni propriétaire des matériaux composants. A ce cas correspond l'affirmation générale de l'opposabilité de l'*exceptio rei iudicatae*. Le paragraphe deux expose en revanche une hypothèse exceptionnelle, limitée à un cas particulier : le propriétaire de l'édifice n'est pas propriétaire des *tigna* et *caementa* composants. Dans ce cas, l'*exceptio* n'est pas opposable.

Cette explication ³³⁴ trouve d'ailleurs un certain appui dans la motivation "*etenim cuius insula est non utique et cementa sunt*", qui rappelle la possibilité pour le propriétaire de l'édifice, de ne pas être en même temps propriétaire des matériaux. De cette manière, il est possible de concilier les deux textes, en affirmant fermement l'authenticité de l'un comme de l'autre. Corrélativement, il ne fait aucun doute que l'enseignement contenu dans ce fragment soit le reflet de la pensée d'Ulpien, mais il ne faut pas s'en étonner, car nous estimons que le principe de la "renaissance des droits" n'a pas précisément à régir les effets de l'accession séparable, y compris dans le droit classique.

Il nous suffit, pour finir de s'en convaincre, de nous reporter à tout ce qui a été dit précédemment, et principalement tout ce que nous avons déduit de l'examen du texte de Paul mentionné au D 6.1.23.7 *lib.* 21. *ad Edictum*. L'*emptor bonae fidei* qui a usucapé le bâtiment ne peut pas revendiquer les matériaux composants parce que *nec enim singula cementa usucapiuntur*. Ainsi, celui qui a usucapé une maison "*n'a pas acquis par là même la propriété des matériaux qui la composent et, par suite, bien que leur séparation soit survenue postérieurement à l'usucapion de l'édifice, celui qui était propriétaire avant l'union, n'a pas perdu sa propriété et pourra encore les revendiquer*" ³³⁵.

Il n'est pas nécessaire d'objecter que le propriétaire des *caementa* est qualifié de *prior dominus* ³³⁶ (cette expression doit être prise dans le sens de premier en date plutôt que dans celui d'ancien ³³⁷). Nous croyons en effet que le jurisconsulte a employé cette expression en raison de la difficulté qu'il éprouvait à trouver un qualificatif exact pour désigner le propriétaire des matériaux par opposition au propriétaire de la maison qui, lui

³³⁴ Elle est déjà proposée dans la glose, ad pr. v. lapides : "*ex eadem causa, qua petiit fundum, aliud si ex alia : ut j. prox. §.*".

³³⁵ MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 236.

³³⁶ Dans le même ordre d'idée voir les expressions "*in pristinam causam reverti*" (Julien D 6.1.59 *lib.* 6. ex Minicio: "*...nam quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti*") et "*ad pristinum dominium redire*" (C 3.32.2 : "*...Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide sive mala fide aedificium extractum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint*").

³³⁷ Se reporter à ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 3ème éd., Paris, 1967.

aussi, a sur eux, un certain droit de propriété tant qu'ils font partie de l'ensemble.

Si l'on n'avait pas employé l'épithète *prior*, il aurait pu y avoir équivoque quant à la personne du *dominus* pouvant revendiquer. Un autre texte de Paul nous fournit d'ailleurs la preuve évidente qu'il est impossible de tirer argument de cette expression en faveur de l'idée d'extinction de la propriété. Au D 41.1.26.1³³⁸, le jurisconsulte nous dit que le pro-priétaire de la plante conserve son droit de propriété jusqu'à ce qu'elle ait pris racine et il le qualifie cependant de *prior dominus*, par opposition au pro-priétaire du terrain, bien qu'il soit absolument certain qu'il n'ait jamais cessé d'être propriétaire de la plante.

Nous pouvons également nous reporter au contenu de deux autres fragments de Paul mentionnés au D 41.2.30.pr. *lib. 15. ad Sabinum* et au D 21.2.36 *lib. 2. ad Edictum Aedilium curulium*. La possession de l'*insula* n'emporte pas nécessairement la possession des *singula caementa* ; l'achat d'un édifice ne signifie pas obligatoirement l'achat des matériaux. Par conséquent, Paul, tout comme Ulpien, soutient que la propriété du bâtiment ne comprend pas nécessairement la propriété des accessoires composants³³⁹, et nous n'avons aucun motif pour soutenir que Gaius pensait différemment. Au contraire, le paragraphe D 41.1.7.10 démontre que l'éminent jurisconsulte était partisan de ce concept.

Gaius D 41.1.7.10 *lib. 2. rerum cottidianarum sive aureorum* : "*Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse : sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere*"³⁴⁰. Celui qui bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui est censé propriétaire du bâtiment, mais le propriétaire des matériaux ne perd pas sa propriété³⁴¹. Cependant, à cause d'une disposition de la loi des XII tables il ne peut pas les revendiquer jusqu'à ce

³³⁸ Paul D 41.1.26.1 *lib. 14. ad Sabinum* ; "...Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est ; ubi coaluit, agro cedit...".

³³⁹ En ce sens également Paul D 46.3.98.8 *lib. 15. Quaest.*

³⁴⁰ Ce texte est reproduit aux *Institutes* à I 2.1.29. Ratti estime que ce passage n'est pas interpolé, mais il prouve seulement que Gaius, les Sabinien et les Byzantins soutiennent la théorie de la suspension du droit de propriété. Il ne prouve pas, nous dit-il, que les Proculiens et la jurisprudence classique accueillent cette doctrine.

³⁴¹ Remarquons que Gaius au D 41.1.7.12 *lib. 2. rerum cottidianarum sive aureorum*, admet la perte de la propriété des matériaux, mais cette perte est attribuée à une autre cause : "*Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiae intellegitur : itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit : nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum*". Ce texte est reproduit aux *Institutes* à I 2.1.30.

que l'édifice soit détruit³⁴².

Ainsi, si nous pouvons affirmer de toute évidence que le principe de la suspension du droit de propriété est celui de la législation de Justinien, il ne fait aucun doute qu'il est également celui des grands jurisconsultes de la période classique. Il faut d'ailleurs être prudent en soutenant une divergence d'école³⁴³ et une successive intervention modificative de Justinien. N'oublions pas que les Proculiens étaient avant tout des juristes, et ils devaient en transposant les doctrines philosophiques dans le champ du droit, tenir compte du phénomène juridique et des exigences pratiques.

A ce titre, il leur était impossible de ne pas accorder la plus grande importance à la nature de l'adjonction qui, nous le rappelons, peut avoir pour effet de constituer un *corpus ex cohaerentibus* lorsque l'union est séparable. Par conséquent, il devait se poser à eux le problème de la condition juridique dans laquelle se trouvaient les parties accessoires constitutives. Ils ne pouvaient pas nier leur existence juridique, ainsi que l'existence du *corpus ex cohaerentibus* dans son ensemble.

Toutes ces réflexions démontrent d'une part, que le rappel à la philosophie péripatéticienne n'est pas décisif, et d'autre part que l'unique solution juridiquement possible est celle d'admettre l'indépendance de la propriété de l'ensemble par rapport à la propriété des parties accessoires, et de reconnaître corrélativement que l'acquisition de la première n'emporte pas nécessairement l'acquisition de la seconde.

Il suffit pour nous en convaincre de rappeler le contenu de la thèse de Riccobono relative à l'opinion des Proculiens en matière de *ius separationis*, c'est-à-dire la faculté donnée au détenteur ou au possesseur "*di separare le cose da loro congiunte agli edifici alieni e, di più, nel concedere ai medesimi un'azione ad separandum nel caso che avessero perduto la detenzione dell'edificio. Ma l'una e l'altra facoltà erano legate al presupposto essenziale che le cose conservassero nella congiunzione la loro individualità fisica, come avviene nel caso di unione agli edifici di marmi, statue, porte, tegole, biblioteche ; e conseguentemente che separati quegli oggetti potessero servire a qualche uso*"³⁴⁴. En effet, Ulpien qui nous rapporte la pensée de Labéon estime que l'on doit permettre au locataire d'enlever ce qu'il a ajouté :

³⁴² Notons à propos de ce texte une interprétation insoutenable de PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, 2ème éd., II, 1, Halle, 1895, p. 317, note 4 : «*Gaius dit : non tamen desiit dominus esse. Cela ne veut pas dire, quand on le traduit exactement : il reste propriétaire, mais : il ne cesse pas d'être propriétaire ; de même se réserve la propriété, celui à qui elle doit échoir de nouveau sous condition résolutoire. Il a une prétention à un retour ultérieur du droit en cas de séparation*». MONIER (R.), *tignum* (op. cit. à la p. 11) p. 40-41, à propos de ces assertions estime fort justement «*qu'il y a là, réellement, une argumentation d'une extrême pauvreté. Comment peut-on soutenir que ce n'est pas la même chose de rester propriétaire ou de n'avoir pas cessé de l'être ; il nous semble évident que si l'on n'a pas cessé d'être propriétaire, c'est qu'on l'est resté*».

³⁴³ D'après SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907, p. 111 et s., les Sabinien, en adhérant à une philosophie stoïcienne, donnent une prépondérance à la matière, et ils nient donc l'acquisition de la propriété dans les cas d'accession séparable. Les Proculiens quant à eux, en adhérant aux concepts de la philosophie péripatéticienne selon laquelle l'essence de la chose consiste dans sa forme, reconnaissent l'acquisition de la propriété, même dans les hypothèses où il est possible d'obtenir la séparation. Se reporter aux passages péripatéticiens cités dans ce sens aux pages 531 (n° 297) et 532 (n° 300) du même ouvrage.

Ulpien D 19.2.19.4 *lib. 32. ad Edictum* : “*Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat ? Et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat*”³⁴⁵.

Le *ius separationis* trouve son fondement juridique dans le droit de propriété. Il permet ainsi au propriétaire de l'objet accessoire d'en demander la séparation. Corrélativement, il exclut que pendant l'adjonction, l'objet appartienne au propriétaire de l'édifice. L'adjonction des objets pour lesquels nous admettons la séparation n'a donc pas pour effet d'en-traîner l'acquisition ou la perte du droit de propriété³⁴⁶, et il nous semble que cette norme admise par les Proculiens ne soit pas compatible avec le principe de l'acquisition temporaire de la propriété des choses jointes au sol ou au bâtiment.

On peut objecter, il est vrai, que dans de nombreux cas la séparation n'est pas admise, et sou-tenir en conséquence que dans ces hypothèses les Proculiens reconnaissent le transfert de propriété. Il semble cependant plus logique de reconnaître que la séparation n'est pas autorisée à cause de l'inter-diction decenvirale, elle-même motivée par des motifs de conservation économique³⁴⁷.

Nous n'avons donc rencontré aucun argument qui atteste la coexistence de deux systèmes, et encore moins que celui de “l'extinction-renaissance” a prédo-miné à l'époque classique. A l'opposé, nous avons pu observer que tout nous induit à penser que Paul et Ulpien suivent la théorie de la suspension du droit de propriété enseignée par Gaius, et qu'il n'existait pas en la matière de contraste entre Proculiens et Sabinien. S'il

³⁴⁴ RICCOBONO (S.), “Dal diritto romano classico ecc.”, in *A.P.*, 3-4, p. 437.

³⁴⁵ Une solution similaire est retenue par Paul à propos de matériaux appartenant à une épouse, et joint au bâtiment du mari : Paul D 24.1.63 *lib. 3. ad Neratium* : “*De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviri non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent. Paulus notat : sed in hoc solum agi potest, ut sola vindictio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum : neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*”. Pour une interprétation critique de ce fragment voir RICCOBONO (S.), “Interpretazione e critica del fr. 63, D, 24, 1 : Paulus III, *ad Neratium*”, in *Archivio Giuridico*, 53, 1894, p. 521-543 et 54, 1895, p. 265-281. RICCOBONO (S.), “Dal diritto romano classico ecc.”, in *A.P.*, 3-4, p. 479, nous rapporte que pour qu'une chose constitue une partie de l'édifice, Labéon ne retient pas décisif le simple fait de l'adjonction ; il exige également “*il concorso di un altro elemento, cioè della volontà del congiungitore, diretta precisamente a destinare le cose in perpetuo all'edificio*”. Il en puise la preuve dans les textes suivants : Ulpien D 19.1.17.7 *lib. 32. ad Edictum* : “*Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii : ut puta fistulae temporis quidem causa posita non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint posita, aedium sunt*”. Javolenus D 50.16.242.4 *lib. 2. ex Posterioribus Labeonis* : “*Straturam loci alicuius ex tabulis factis, quae aestate tollerentur, et hieme ponerentur, aedium esse ait Labeo, quoniam perpetui usus paratae essent : neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur*”.

³⁴⁶ RICCOBONO (S.), (*op.cit.* à la p. 235) p. 479.

³⁴⁷ Ulpien D 47.3.1. *pr. lib. 37. ad Edictum*. : “*...ne aedificia sub hoc praetexto diruantur*” ; I 2.1.29 : “*...ne aedificia rescindi necesse sit*”. Nous aurons à y revenir.

n'y a pas d'adjonction organique entre l'objet accessoire et l'objet principal, il ne peut y avoir acquisition d'un droit de propriété, car les deux choses conservent leur indépendance physique.

Nous retrouvons des solutions similaires pour les plantations. Le simple fait que l'arbre d'autrui soit planté dans notre sol ne suffit pas à nous en faire acquérir la propriété ; il faut une adjonction organique³⁴⁸, c'est-à-dire que les arbres aient pris racines : "*Multoque magis id accidit et in planta quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit*"³⁴⁹. Sous cette condition il forme un accessoire par incorporation³⁵⁰. Si un arbre s'élève sur la limite même des deux fonds, il appartient divisément aux deux voisins, à chacun pour la partie qui s'élève au-dessus de son terrain "*Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt...*"³⁵¹. Si par glissement de terrain les arbres se retrouvent implantés dans une autre terre, ils appartiendront au propriétaire de ce nouveau sol dès qu'ils y auront pris racine³⁵². Si nous raisonnons par analogie, il résulte que le régime juridique de l'*implantatio* "*favorisce il concetto della proprietà quiescente*"³⁵³.

³⁴⁸ Le même principe s'applique à la *crusta* dans le cas d'avulsion (Gaius D 41.1.7.2 *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*; Ulpien D 39.2.9.2 *lib. 53. ad Edictum*). Pour la *satio* en revanche on ne fait pas la distinction entre les deux stades. En effet, si un terrain appartient à *Primus* et les semences à *Secundus* ; si ces semences sont déposées dans ce terrain par *Primus*, *Secundus* ou par *Tertius*, *Primus* en devient aussitôt propriétaire, même avant qu'elles aient germé, car elles sont immédiatement confondues avec la terre : "*Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur...*" (Gaius D 41.1.9 *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*). La propriété ne renaîtra jamais pour le propriétaire des graines, des plantes, quand bien même ces dernières notamment seraient plus tard extraites du sol : "*Arbor... ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur : nam credibile est alio terrae alimento aliam factam*" (Paul D 41.1.26.1 *lib. 14. ad Sabinum*).

³⁴⁹ IG II.74.

³⁵⁰ Sur ce principe voir en détail MEINCKE (J.P.), "*Superficies solo cedit*", in Z.S.S., 88, 1971, p. 136 et s.

³⁵¹ Paul D 10.3.19 *lib. 6. ad Sabinum*. Remarquons par ailleurs que lorsque cet arbre est séparé du sol, il devient un meuble et celui-ci ne peut appartenir divisément à plusieurs "*nunquam enim pro diviso possideri potest*". (Paul D 6.1.8 *lib. 12. ad Edictum*). C'est pourquoi l'arbre séparé appartient à chaque voisin pour une part indivise proportionnée à la partie divisée qu'il possédait précédemment. "*Illud quaerendum est, arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur an, cum succisa arbor vel lapis exemptus eius sit cuius fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat ? an qua ratione duabus massis duorum dominorum flatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa ? Sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat*" (Paul D 17.2.83 *lib. 1. Manualium*). Ce principe est confirmé par Paul au D 10.3.19 *lib. 6. ad Sabinum* : "*...sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo iudicium : nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur. Qua re duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat : ita arbor et lapis separatus a fundo confundit ius domini*".

³⁵³ BONFANTE (P.), (*op. cit.* à la p. 26) p. 456.

En effet, comment expliquer que la simple union mécanique des pieux ou des *caementa* soit suffisante pour faire acquérir la propriété au profit du propriétaire du sol, et que cela ne soit pas suffisant en matière de plantation ? En réalité, pour les *caementa* et les *tigna* le seul fait d'être uni mécaniquement au sol³⁵⁴ ne peut pas être un fait suffisant pour nous en faire acquérir la propriété.

SECTION 2 Dans le cadre de l'union de deux meubles

Est-ce que les jurisconsultes classiques, puis les compilateurs, ont admis le principe d'une suspension du droit de propriété dans les cas d'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière ? Bonfante, notamment, a écrit à ce propos : “...*l'inaedificatio è un tema regolato positivamente dalle XII Tavole e non può essere addotto con piena sicurezza per la disamina dei concetti generali*”³⁵⁵.

Pourtant, il semble illogique d'admettre que ces hypothèses produisent des effets plus importants que l'accession de meuble à immeuble, en entraînant une acquisition temporaire du droit de propriété de l'objet accessoire incorporé. En effet, si le droit classique et post-classique reconnaissent pour le propriétaire de l'immeuble la possibilité de ne pas être en même temps propriétaire des parties accessoires constitutives, nous ne voyons pas pourquoi une telle conception ne s'appliquerait pas aux autres hypothèses d'adjonction ayant également pour effet de constituer un corps composé tels que le navire, l'armoire ou d'une manière générale tout corps *non continui*³⁵⁶.

L'adjonction peut avoir pour effet de constituer un corps simple ou un corps composé. Ces corps, quels qu'ils soient, peuvent-être tout aussi bien des meubles que des immeubles. Dans les deux cas, lorsque l'union a pour effet de constituer une chose simple, l'acquisition est définitive ; lorsque le résultat est la création d'un corps composé, l'union n'est que temporaire. La comparaison entre le cas de l'*implantatio* et celui de la

³⁵² Ulpien D 39.2.9.2 lib. 53. *ad Edictum* : “*Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat : nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsae. Ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. Nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. Sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*”. En ce sens également Ulpien D 6.1.5.3 lib. 16. *ad Edictum*. Pour plus de précision sur la question se reporter à KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 191-201 ; MAROI (F.), “La proprietà degli alberi separata da quella del fondo”, in *S.D.H.I.*, 1935, fascicule 2, p. 349-372.

³⁵⁴ Comme l'est l'arbre, dans un premier temps, avec la simple *positio*, avant qu'il n'ait poussé racine.

³⁵⁵ Se reporter également à MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 44, qui remarque “*que dans les paragraphes 1 à 5 du fragment 23, Paul ne traite que de l'union de choses mobilières et rien ne prouve que les jurisconsultes romains aient admis les mêmes solutions en cas d'union d'un meuble à un immeuble.*” Dans le même ordre d'idée voir SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907, p. 112 et s.

³⁵⁶ Seneca, *Natur. quaest.*, 2, 2.

ferruminatio et de l'*adplumbatio* nous semble être caractéristique.

L'arbre planté sur le terrain d'autrui, avant qu'il n'y ait poussé des racines, peut être comparé à l'*adplumbatio*. Ces deux hypothèses correspondent à une union mécanique ayant pour effet de constituer un *corpus ex cohaerentibus*. Dans ces cas, l'union n'est que temporaire et il n'y a pas acquisition de pro-priété. A l'inverse, lorsque les racines ont poussé, l'union est similaire à la *ferruminatio*. Il s'agit d'une union organique ayant pour effet de constituer un *corpus ex contingentibus*, et l'acquisition est défi-nitive. Si la plante vient à être déracinée, elle ne retourne pas dans la propriété de son ancien maître ³⁵⁷, comme le bras *ferruminata* ne revient pas dans la propriété du *prior dominus* ³⁵⁸. Ainsi, il existe une analogie entre les deux hypothèses d'accession. En fonction de la nature de l'union, elles produisent les mêmes effets. Naturellement nous n'attribuons pas à ces réflexions une valeur décisive, mais elles ne nous semblent pas non plus dénuées d'intérêt. Nous allons essayer de démontrer qu'elles sont conformes à la législation romaine.

Les principaux textes relatant les dif-férentes hypothèses d'accession de meuble à meuble sont mentionnés dans le fragment de Paul au D 6.1.23.2 à 5. Examinons successivement les différents paragraphes.

Paul D 6.1.23.2 *lib.* 21. *ad Edictum* : «*Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret, veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum eius totius rei effeci vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt*». Le propriétaire de la statue, de la coupe, est propriétaire du tout ; il peut donc dire de la chose tout entière "*meum est*", et la revendiquer.

De toute évidence nous pouvons exclure l'existence d'une propriété indivise. Nous en puisons la preuve dans le passage "*dominum totius rei effeci*". Le propriétaire de l'objet principal est propriétaire du *corpus ex cohaerentibus* résultant de l'adjonction. Mais si ce dernier est propriétaire *totius rei* cela ne signifie pas qu'il soit également propriétaire du bras, de l'anse, des figures de reliefs ou du pied. Nous avons exhaustivement démontré dans les développements précédents que la législation romaine (classique et post-classique) admet la coexistence de deux droits de propriété ayant pour objet deux choses différentes à l'intérieur d'un même corps.

D'ailleurs, le texte n'admet pas explici-tement l'acquisition de la propriété de l'objet acces-soire. En effet, Paul se préoccupe de dégager les règles permettant d'identifier le propriétaire de l'en-semble, sans rechercher à identifier le propriétaire de l'accessoire. Il se pose la question suivante : si quelqu'un ajoute un bras appartenant à autrui à sa statue, pourra-t-il encore dire *meam statuam* ? Le célèbre jurisconsulte répond que la statue entière lui appartient parce que "*tota statua uno spiritu continetur*".

Ce principe est confirmé dans de nombreux fragments. Après avoir annoncé que le constructeur devient propriétaire du navire fait avec les planches d'autrui ³⁵⁹, Paul nous

³⁵⁷ IG II.74.

³⁵⁸ Paul D 6.1.23.5 *lib.* 21. *ad Edictum*.

rappelle que Proculus suit l'enseignement de Servius et de Labéon d'après lesquels ce qui est ajouté est l'accessoire du total, et que ce total appartient à celui à qui le tout appartenait auparavant³⁶⁰. Ce même jurisconsulte nous rapporte la pensée de Labéon qui estime que si l'on teint notre laine avec de la couleur pourpre qui appartient à autrui, elle ne cesse pas pour cela de nous appartenir car, nous dit-il, il n'y a pas de différence entre la laine ainsi teinte, et celle qui a perdu sa couleur pour être tombée dans la boue³⁶¹. Cette position de Paul n'est d'ailleurs pas isolée. En effet, lorsque l'on demande à Minicius si l'on reste propriétaire du navire que l'on répare avec les matériaux d'autrui, ce dernier répond affirmativement³⁶². Pomponius estime que si nous soudons notre vase avec de l'argent ou du plomb appartenant à un autre, le vase continu à nous appartenir, et nous pouvons le revendiquer en entier³⁶³. Ce même jurisconsulte affirme que le légataire peut revendiquer une statue à laquelle a été ajouté un bras³⁶⁴.

Tous ces textes se préoccupent de l'acqui-sition du *corpus ex cohaerentibus* dans sa totalité, mais aucun ne fait référence à l'acquisition de l'accessoire par le propriétaire du principal³⁶⁵. Or, il apparaît étonnant que l'on ne face pas mention d'un principe aussi fondamental. Cela nous laisse penser que l'union ne peut pas avoir pour effet d'éteindre le droit de propriété originaire portant sur l'objet accessoire. Si les jurisconsultes nous avaient dit explicitement que le propriétaire de l'objet principal devenait propriétaire de l'objet accessoire, nous en aurions logiquement déduit (sans qu'il n'en soit fait mention dans les différents passages) qu'il devenait propriétaire *totius rei*. Par conséquent, les

³⁵⁹ Paul D 41.1.26.1 *lib.* 14. *ad Sabinum* : "Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse : quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto ; sed cupresseum aut laneum corpus fieret". Nous sommes ici devant une hypothèse de spécification.

³⁶⁰ Paul D 41.1.26.1 *lib.* 14. *ad Sabinum* : "Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset : in quibus propria qualitas expectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuæ pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula, aedificio cementum : tota enim eius sunt, cuius ante fuerant. Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur : nam credibile est alio terrae alimento aliam factam".

³⁶¹ Paul D 41.1.26.2 *lib.* 14. *ad Sabinum* : "Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset".

³⁶² Julien D 6.1.61 *lib.* 6 *ex Minicio* : "Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilo minus eiusdem navis maneret. Respondit manere. Sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. Julianus notat : nam proprietates totius navis carinae causam sequitur".

³⁶³ Pomponius D 41.1.27. *pr lib.* 30. *ad Sabinum* : "... at contra si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris alienove argento ferruminaveris, non dubitatur scyphum tuum esse et a te recte vindicari".

³⁶⁴ Pomponius D 34.2.14 *lib.* 5. *ad Sabinum* : "Si statuam legavero et postea ex alia statua brachium ei adiecero, omnimodo statua a legatario vindicari potest".

³⁶⁵ Cassius fait bien mention d'une acquisition mais uniquement à propos de la *ferruminatio*. En conséquence, il l'exclut pour les autres cas d'union séparable : D 6.1.23.5 ; dans le même fragment on lit "*meum fit*" (§3) et "*meam efficit*" (§4).

différents jurisconsultes n'auraient pas pris la peine de le souligner. Or, si la législation romaine se préoccupe de dégager les règles permettant d'identifier le pro-priétaire du tout, sans rechercher à identifier le pro-priétaire de l'accessoire, c'est que l'adjonction n'a pas apporté de modification au droit de propriété.

En effet, si Paul et les autres jurisconsultes essaient de poser les règles permettant d'identifier le propriétaire *totius rei*, c'est que cette identification a du sens ; et elle n'a de sens que lorsque l'union n'est pas nécessairement suivie de l'acquisition de la chose accessoire. Dans ce cas, il devient nécessaire de se demander à qui appartient le *corpus ex cohaerentibus* dans sa totalité, et précisément si le propriétaire de la statue ou de la coupe reste propriétaire malgré l'adjonction d'une autre partie.

Ainsi, après examen du paragraphe deux, confirmé par les fragments que nous venons d'évoquer, nous pouvons affirmer que le propriétaire du principal devient bien propriétaire *totius rei*, mais cela ne veut pas dire qu'il acquiert la propriété de l'objet accessoire incorporé. Voyons le paragraphe suivant :

Paul D 6.1.23.3 *lib.* 21. *ad Edictum* : «*Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit : licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae : sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*». Paul dit bien que le propriétaire du tableau ou du parchemin devient propriétaire de la peinture ou de l'écriture, mais nous avons vu qu'il s'agit là d'un cas spécial où l'union est indissoluble, comme en matière de *ferruminatio*. Puis Paul poursuit : *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare*. Dans tous les cas, ma chose par prédominance entraîne la chose d'autrui et la fait mienne.

Nombreux sont les auteurs qui soutiennent que le passage "*mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit*" est interpolé. Il faut bien reconnaître que les arguments qui nous sont fournis sont pour le moins persuasifs. D'après Guarneri Citati notamment³⁶⁶, avant la législation de Justinien, le paragraphe quatre ne pouvait pas se référer aux cas mentionnés dans le paragraphe deux³⁶⁷. Ce texte a été, avec le paragraphe trois, inséré entre le paragraphe deux et le paragraphe cinq. En conséquence, le paragraphe quatre se référait uniquement à la *scriptura* et à la *pictura*.

L'éminent romaniste base son raisonnement sur la possibilité offerte par Paul d'opposer l'*exceptio doli mali* au revendiquant. Il s'agit en effet d'une action accordée au propriétaire de l'accessoire pour ne rendre l'objet dans sa totalité qu'après avoir été indemnisé de la plus-value qu'il lui a donnée de bonne foi³⁶⁸. La possibilité d'intenter une telle action est normalement accordée par les textes évoquant des hypothèses

³⁶⁶ En ce sens également MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 48 et 49 ; GUARNERI CITATI (A.), "Reviviscenza", (*op. cit.* à la p. 194) p. 129-130 ; PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., 1, Firenze, 1906, p. 699 n°1 ; BONFANTE (P.), *Note a Windscheid, diritto delle Pandette*, Utet, 6, 1926, p. 419 et 425. D'après lui les § 3 et 4 ont été introduits entre les § 2 et 5. Cette opinion n'est pas contestée par Ratti (*op. cit.* à la p. 160) p. 269 n° 10.

³⁶⁷ Texte relatif aux hypothèses d'accession dissoluble.

³⁶⁸ Voir *infra* à la p. 161 n° 230.

d'accession indissoluble (comme la *scriptura* et à la *pictura*) car l'attribution d'une indemnisation n'a pas de sens dans les autres hypothèses d'accession³⁶⁹. Dans ces cas, le propriétaire de l'objet accessoire peut demander la séparation de son bien par l'inter-médiaire de l'*actio ad exhibendum* pour ensuite le revendiquer. Dans les sources, l'*exceptio doli mali* n'est jamais accordée dans les hypothèses d'accession dissoluble.

Nous ne revenons pas sur ce que nous avons déjà déduit du paragraphe suivant. Rappelons simplement que d'après Paul une chose acquise par accession ne peut pas retourner au *prior dominus* à la suite d'un simple détachement : "*quod semel alienum factum est ... redire ad priorem dominum non posse*". Il s'agit du principe général du droit en vertu duquel, ce qui est devenu à autrui, ne peut pas retourner à son ancien propriétaire sans une nouvelle cause d'acquisition. On peut déduire de ce texte que dans les hypothèses d'accession temporaire il ne peut pas y avoir acquisition de propriété, car si tel était le cas, la simple séparation due à l'*actio ad exhibendum* ne permettrait pas au *prior dominus* de retrouver son droit de propriété³⁷⁰.

Ainsi, après analyse du fragment essentiel relatif à l'adjonction de deux meubles, aucun argument textuel ne nous permet de soutenir le principe de la perte du droit de propriété³⁷¹. Tout comme dans le cadre de l'accession d'un meuble et d'un immeuble, le propriétaire de l'objet principal devient propriétaire de l'ensemble du *corpus ex cohaerentibus*. Néanmoins, le propriétaire de l'accessoire conserve son droit qui est simplement sans effet pendant l'union³⁷².

Nous ne voyons d'ailleurs pas d'inconvénients à admettre l'existence d'une propriété "*dormiens*" : n'y a-t-il pas une institution dont les effets ressemblent singulièrement à ceux que nous rencontrons ici : la *praescriptio longissimi temporis* ? Le propriétaire négligent ne perd pas son droit de propriété, mais au bout d'un certain temps d'inaction (40 ans sous Constantin, 30 ans d'après le système définitif établi par Théodose II), il perd son action en revendication contre le possesseur ; celui-ci n'est pas devenu propriétaire, mais peut repousser l'action en revendication du véritable propriétaire par la *praescriptio longissimi temporis*. Le propriétaire n'a pas perdu son droit, mais seulement la possibilité d'intenter l'action en revendication ; aussi pourra-t-il de nouveau agir en revendication

³⁶⁹ En ce sens SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 132 : "*Il problema dell'indennizzo non sorge nei casi di cosiddetta accessione separabile...*".

³⁷⁰ Voir *infra* p. 198 et s.

³⁷¹ Nous aurions également pu citer à l'appui de notre démonstration un texte de Paul mentionné au D 10.4.6 *lib. 14 ad Sabinum* : "*Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest : aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret...*". L'analyse de la première partie de ce fragment nous fait penser que pour Paul la pierre précieuse enchâssée sur l'anneau d'autrui continue à appartenir à son propriétaire. Si pour le célèbre jurisconsulte l'inclusion de la pierre précieuse sur l'anneau d'autrui devait être déterminante en entraînant l'acquisition de propriété il est probable qu'il aurait formulé le texte autrement. En effet, il aurait pu se contenter de rappeler que celui qui a perdu la propriété sur sa chose ne peut pas la revendiquer. Or, il ne dit rien de tel. Il se contente de nous rappeler que l'on ne peut pas revendiquer une pierre précieuse enchâssée sur l'anneau d'autrui, mais qu'il est possible d'intenter l'*actio ad exhibendum* pour faire séparer ces choses et ensuite les revendiquer.

contre un autre possesseur, pendant trente ans.

Cette hypothèse produit des effets similaires à l'adjonction de deux meubles en entraînant une sus-pension temporaire du droit de propriété. Dans le cadre de l'accession, le propriétaire des accessoires ne peut pas les revendiquer pendant l'union et doit intenter l'*actio ad exhibendum*. Il peut d'ailleurs être opportun de s'interroger sur la signification d'une telle action.

L'*actio ad exhibendum* est accordée³⁷³ au propriétaire de la chose accessoire pour en obtenir la séparation et ensuite espérer la *rei vindicatio*. L'existence d'une telle action peut être tout aussi bien appelée au service de la théorie de l'extinction temporaire du droit de propriété que de la théorie de la suspension du droit de propriété.

Ainsi, pour Bonfante "*accordare l'actio ad exhibendum ... significa ... riconoscere la perdita e l'acquisto rispettivamente, in quanto il dovere esperire l'actio ad exhibendum significa che non si può esperire la rivendicazione*"³⁷⁴, et pour Ratti l'*actio ad exhibendum* "*va configurata... nel nostro caso come azione necessaria, al fine di poter esperire la rei vindicatio, perchè, durante la congiunzione, manca il diritto di proprietà*"³⁷⁵.

Nous estimons cependant que l'existence d'une telle action constitue une preuve de la persistance du droit de propriété pendant l'union. La nécessité de faire précéder la *rei vindicatio* de l'*actio ad exhibendum* n'est pas due au fait que le *prior dominus* n'est plus propriétaire, mais bien au fait que matériellement la *rei vindicatio* n'est pas possible tant que l'objet n'a pas retrouvé sa propre autonomie. En effet, "*dans les cas d'union dissoluble de deux meubles, les Romains ont utilisé l'action ad exhibendum qui est donnée à quiconque réclame la production d'une chose afin de pouvoir la revendiquer ; l'exercice de cette action permet d'obtenir la séparation physique de la chose principale et*

³⁷² Une analyse similaire est sous-entendue dans un autre texte de Paul mentionné au D 46.3.98.8 *lib. 15. quaest* : «*Nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam tu promissisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te : hic enim eadem navis est, quam te daturum spopondisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse*». Si on a promis un navire, et que le maître le désassemble et ensuite le reconstruit avec les mêmes planches, on est tenu de le restituer car l'obligation est plutôt arrêtée qu'éteinte. Nous sommes ici en présence d'un cas analogue à celui de l'accession de meuble à meuble. Paul nie l'extinction de l'obligation tant que les planches du navire sont désassemblées. Pendant la période se situant entre la démolition et la reconstruction l'obligation est simplement suspendue. Cette analyse utilisée par Paul à propos de la *stipulatio navis alienae* s'adapte parfaitement en matière d'accession. En effet, le bras uni à la statue ou le tignum uni à l'édifice après la séparation sont toujours *aedem res*, comme ils l'étaient avant l'adjonction. Cette adjonction n'a pas pour effet d'éteindre le droit de propriété, mais le suspend dans les mêmes conditions que l'exemple que nous venons d'examiner.

³⁷³ Quand cela ne va pas à l'encontre de la règle decenvirale sur le *tignum iunctum*.

³⁷⁴ BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 76. Dans un autre développement Bonfante admet cependant que l'*actio ad exhibendum* constitue un argument contraire à l'acquisition : "*Un altro argomento contrario all'acquisto si induce dal significato dell'actio ad exhibendum. Certo l'interpretazione più semplice dell'actio ad exhibendum e della sua funzione porterebbe ad una negazione dell'acquisto*" (BONFANTE (P.), *Note a Windscheid, diritto delle Pandette*, Utet, 6, 1926, p. 435). En ce sens voir également SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957.

³⁷⁵ RATTI (U.), (*op. cit.* à la p. 160) p. 275.

*de la chose accessoire et de placer celle-ci dans une situation matérielle correspondant à son indépendance idéale. Après cette séparation préalable, le propriétaire de la bague ou de la roue pourra de nouveau la revendiquer*³⁷⁶.

Par ailleurs, il est difficile d'expliquer l'existence d'une action offerte au propriétaire de l'objet accessoire afin de le faire séparer du principal, si l'union a pour effet d'entraîner l'extinction juridique de cet objet et du droit de propriété qui s'y rapporte.

CHAPITRE 3 : Justification de ces mutations : explication du phénomène d'accession

Nous nous trouvons ici en face d'une difficulté car si nous concevons très bien que le propriétaire d'un bien accessoire qui s'est réuni à un autre d'une manière absolument irrévocable puisse perdre son droit de propriété ; si nous concevons également, dans le domaine de l'accession naturelle, que le pouvoir absorbant du bien principal se justifie par cette sorte de nécessité juridique qui nous oblige à acquérir la chose qui n'avait pas antérieurement de maître "*res nullius quae nostrae rei accedit, fit nostra*"³⁷⁷ ; nous pouvons par contre nous demander en vertu de quel droit le propriétaire du bien dans lequel l'autre s'est plus ou moins confondu peut se dire propriétaire du tout.

Girard nous rapporte qu'une doctrine d'une ingéniosité subtile soutient qu'il y a acquisition de propriété produite par l'occupation, mais une occupation qui présente la particularité d'être faite par la chose principale au lieu de l'être par son propriétaire ; mais il ne nous en dit pas plus³⁷⁸. Ortolan, quant à lui, soutient ce système avec une plus grande vigueur d'argumentation. Son raisonnement est le suivant : l'ancien bien n'existe plus, c'est une *res nullius* ; or toute *res nullius* appartient au premier occupant. "*Si nous pénétrons plus en avant dans la nature intime du fait nommé accession, nous verrons qu'il produit une sorte d'occupation, de prise de possession ; occupation d'une nature toute particulière, car elle s'opère non pas par la volonté des personnes, mais à leur insu, même contre leur gré, par la chose même. Le possesseur ayant en sa puissance, en sa possession la chose, a également par son intermédiaire, et même sans le savoir, en sa puissance, en sa possession, ce qui est venu s'y subordonner, s'y incorporer ; et en quittant l'un il est obligé de quitter l'autre, puisque c'est par la chose même que l'occupation s'est faite et se maintient*"³⁷⁹.

³⁷⁶ MONIER (R.), *tignum* (op. cit. à la p. 11) p. 89.

³⁷⁷ Nous n'aborderons pas dans ce chapitre des cas d'accession naturelle, car dans ces hypothèses la chose accessoire n'a pas de propriétaire, et il s'agit ici de ne dépouiller personne. Nous pouvons ainsi concevoir que le propriétaire de l'objet principal devienne propriétaire de l'ensemble.

³⁷⁸ GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Paris, 1928, p. 349.

³⁷⁹ ORTOLAN (M.), *Explication Historique des Institutes*, 8ème éd., T. 2, Paris, 1870, p. 362 et s.

De graves objections peuvent être faites à cette théorie. Sans même insister sur le bien-fondé de ce système dans les conséquences qu'il implique³⁸⁰, il apparaît immédiatement que l'idée de la justification du droit d'accession par l'occupation est assez peu satisfaisante. En effet, l'occupation est indiscutablement un mode d'acquisition de la propriété. Or, nous avons déduit dans nos précédents développements que si l'accession peut entraîner l'acquisition de la propriété, dans bien des hypothèses, le rapprochement n'est que temporaire et le droit de propriété du propriétaire de l'objet accessoire est maintenu. L'occupation ne justifierait que les cas d'accession indissoluble. Mais même dans ces hypothèses nous affirmons que ces assertions sont absolument insoutenables.

En effet, nous rappelons que l'occupation est un "*mode d'acquisition originaire de la propriété des choses qui n'appartiennent ou n'ont jamais appartenu à personne*"³⁸¹, résultant de la prise de possession de cette chose. Or l'occupation s'applique principalement aux choses qui n'ont jamais eu de propriétaire romain : d'abord aux choses prises à l'ennemi³⁸² (*res hostiles*), "*adeo quidem ut et liberi homines in servitutum deducantur : qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem*"³⁸³ ; ensuite aux choses qui n'ont véritablement jamais eu de propriétaire "*quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*"³⁸⁴, comme par exemple le gibier "*nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur*"³⁸⁵.

Donc, l'occupation nécessite une naissance de propriété sans extinction de propriété antérieure, et il faut, pour qu'il y ait naissance de propriété, que le propriétaire ne soit le successeur de personne. Or nous savons que la chose accessoire a eu un propriétaire, et que le fait d'accession peut entraîner (lorsque l'union est indissoluble) la disparition de la propriété du bien accessoire. Ainsi ce mécanisme d'extinction de la propriété par le droit d'accession n'est pas conforme au principe de l'occupation. De la même manière que l'occupation appliquée aux choses d'autrui n'est pas un motif pour en acquérir la propriété, de même doit-il en être, en principe, de l'accession qui ne serait qu'une sorte

³⁸⁰ Cette situation particulière entraîne comme conséquence la non-intervention de la personne comme cause créatrice du droit ; et s'il en était ainsi, ce serait probablement le seul cas en droit romain où la chose est créatrice du droit. Pour notre part, il nous semble que le droit est avant tout un rapport entre personnes.

³⁸¹ MONIER (R.), *Vocabulaire de droit romain*, 4ème éd., Paris, 1949, p. 222.

³⁸² DE FRANCISCI (P.), "Intorno all'acquisto per occupazione delle *res hostium*", in *A.I.V.*, 82, 1923, p. 967 et s., VOGEL, "Zur rechtl. Behandlung der röm. Kriegsgewinne", in *Z.S.S.*, 56, 1948 ; BONA (F.), "Preda di guerra e occupazione privata di *res hostium*", in *S.D.H.I.*, 1952, p. 309-370.

³⁸³ Gaius D 41.1.7.pr. *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*.

³⁸⁴ Gaius D 41.1.3 pr. *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*.

³⁸⁵ Gaius D 41.1.3.1 *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum*. Pour plus de précision sur la question se reporter à KNÜTEL (R.), (*op. cit.* à la p. 31) p. 201-205.

d'occupation opérée par la chose elle-même".

Cela ne justifie peut-être pas un rejet de ce principe car la notion d'occupation paraît avoir été appliquée aux choses qui n'ont plus de propriétaire, c'est-à-dire aux choses abandonnées (*res dere-lictæ*)³⁸⁶ : "*qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nollet : ideoque statim dominus eius esse desinit*"³⁸⁷. Cette catégorie particulière d'occupation porte donc sur des choses qui ont eu un maître, puisque les *res derelictæ* sont des choses que le propriétaire délaisse avec l'intention d'abdiquer tout droit de propriété sur elles, parce qu'elles lui sont inutile ou pour tout autre motif³⁸⁸ : *pro derelicto habetur*, dit Justinien, *quod dominus ea mente abiecerit, ut id in numero rerum suarum esse nollet*. La chose abandonnée devient *res nullius* par le fait de la *derelictio*, et comme telle, elle doit appartenir au premier occupant.

En conséquence, pour que l'occupation des *res derelictæ* soit possible, le propriétaire doit abdiquer tout droit de propriété sur sa chose. Pour cela, il doit abandonner les deux éléments qui sont eux-mêmes constitutifs de l'occupation, c'est-à-dire le *corpus* et l'*animus domini*. En effet, Le *derelictio* est une hypo-thèse fondée sur le raisonnement juridique suivant : les biens abandonnés sont susceptibles d'être occupés parce que les choses cessent d'être nôtres par les mêmes moyens qui servent à les acquérir³⁸⁹. 1) L'oc-cupation est une prise de possession. Il faut donc appréhender l'objet matériellement : c'est le premier élément de la possession, l'élément matériel, que les jurisconsultes romains appellent le *corpus*. 2) L'oc-cupation est une prise de possession avec l'intention de devenir propriétaire ; c'est l'*animus domini*. On devient propriétaire des choses que l'on veut acquérir. En d'autres termes, il faut manifester l'expression d'une volonté de dominer la chose, et tant que le propriétaire n'a pas abdiqué

³⁸⁶ En ce sens BERGER (A.), "In tema di derelizione", in *B.I.D.R.*, 32, 1922, p. 131 et s., BONFANTE (P.), "La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte", in *Scritti giuridici vari*, 2, p. 357 et s., ROMANO (S.), *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padoue, 1933.

³⁸⁷ I 2.1.47.

³⁸⁸ Dans le même ordre d'idée, nous avons vu que dans certaines hypothèses la dévolution de la propriété du trésor est régie par le principe de l'occupation.

³⁸⁹ C'est ce que nous dit Ulpien au D 41.7.1 *lib. 12. ad Edictum* : "*si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur*". Cependant, Paul au D 41.7.2.1 *lib. 54. ad Edictum*, nous livre une discussion entre Proculus et Julien. Le premier est d'avis que le bien abandonné cesse d'être à son ancien propriétaire dès le moment où il est possédé par un autre. C'est ce que certains auteurs (BONFANTE (P.), *Corso diritto romano*, vol. 2, La proprietà, Part. 2, Milan, 1968, p. 196 et MEYER-COLLINGS, *Derelictio*, Erlanger Dissertation, 1932, p. 612-614) expriment en disant que les *res derelictæ* ne peuvent pas être occupées, mais sont l'objet d'une tradition à personne incertaine. Selon ARNAUD (A.J.), "Réflexion sur l'occupation, du droit romain classique au droit moderne", in *R.H.D.*, 1968 p. 184-210, "il faudrait alors que, dans le premier fragment, *si res pro derelicto habita ... occupantis fit*, le terme *occupantis* ne soit pas pris dans son acception technique, et signifie seulement "au possesseur suivant", puisqu'il est, plus bas, question de possession. Cela pourrait également expliquer que l'hypothèse ne soit pas envisagée au titre de *adquirendo rerum dominio*", I 2.1.11. En effet, à la suite des cas de chasse et de guerre sont groupés quelques autres cas. Mais la *derelictio* n'y est pas mentionnée.

l'*animus*, il conserve son droit³⁹⁰ ; celui qui s'emparerait de la chose n'en deviendrait pas propriétaire et ne pourrait pas même l'usucaper³⁹¹.

Le maître, en abandonnant sa chose, abandonne en même temps le *corpus* et l'*animus*, c'est-à-dire son droit de propriété. Or, dans l'hypothèse du droit d'accession, le propriétaire de l'objet accessoire n'a jamais manifesté l'intention d'abandonner ce droit ; l'accession s'est imposée à lui³⁹².

Mais ce n'est pas le plus grave car le savant auteur nous parle d'une "*occupation d'une nature toute particulière, car elle s'opère non pas par la volonté des personnes, mais à leur insu, même contre leur gré, par la chose même...*". Or, il nous semble qu'une chose par essence ne peut pas manifester, exprimer de volonté. Le gros point faible de cette théorie est que l'*animus* fait défaut ; il nous manque une des deux composantes de ce principe juridique. Et que l'on reprenne chacune des hypothèses envisagées dans les sources : dans chaque cas, les jurisconsultes romains se préoccupent du moment où le *capiens* acquiert matériellement la maîtrise du bien, et cela non pas par le fait d'un hasard, mais parce qu'il avait l'intention de s'en emparer³⁹³. A partir de là, l'idée d'une occupation où il nous manque un des deux éléments constitutifs, à savoir la prise de possession avec intention de s'approprier le bien, nous semble être fortement contestable.

Ce que nous essayons de démontrer c'est que cette théorie de l'occupation, si claire, si char-pentée, que nous trouvons dans tous nos manuels de droit romain, n'est pas qu'une création intellectuelle que nous pouvons manipuler à notre guise ; l'occupation est un mode d'acquisition de la propriété, clairement défini par le droit, d'un bien qui n'appartient à personne ou du moins dont le droit de propriété a été abandonné. Ainsi, il apparaît immédiatement que cette idée de l'occupation, pour justifier le droit d'accession, va non seulement à l'encontre de la philosophie même de ce principe³⁹⁴, mais surtout, et

³⁹⁰ BUCKLAND (W.), "Le constitut possessoire ; *animus* et *corpus*", in *R.H.D.*, 1925, p. 355-381 ; PIERPAOLO, "*Possessio e animus*", *Publicazione della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara*, Milan, 1977.

³⁹¹ Julien D 41.7.6 et 7. *lib. 3. ad Urseium Ferocem*.

³⁹² Nous pouvons en effet prendre n'importe quel cas d'accession, nous devons constater que l'union ou l'incorporation engendrée est un accident. Si nous envisageons les cas d'accession artificielle : chacune des choses qui forment l'union ou l'adjonction devaient avoir une destination déterminée. Les matériaux auraient dû servir à leur propriétaire ; celui-ci en aurait fait des constructions par exemple. La construction élevée sur le terrain d'autrui a dû certainement être bâtie par son constructeur dans un but d'utilisation. Les biens mobiliers envisagés par Paul au D 10.4.6 *lib. 14. ad Sabinum* et Ulpien D 10.4.7.1 D 10.4.7.2 *lib. 24. ad Edictum* n'avaient certainement pas d'autres destinations que de servir à leurs propriétaires. S'ils "appartiennent" à autrui, c'est parce qu'est intervenue une cause étrangère qui est venue les détourner de leur destination. Cette cause, une union, une adjonction avec une autre chose, sera l'accident qui entraînera l'application des principes de l'accession. Cette union accidentelle est, dans le cas de l'accession artificielle, le fait de l'homme. Il faut remarquer qu'elle est involontaire, car elle repose sur une erreur de la part de l'individu créateur de ce fait.

³⁹³ Gaius D 41.1.1.1 *lib. 2. Rerum Cottidianarum sive aureorum* : "*omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt*". En ce sens voir également Gaius D 41.1.5.7 *lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum* ; Gaius D 41.1.7 *pr lib. 2. Rerum cottidianarum sive aureorum* ; Ulpien D 41.7.1 *lib. 12. ad Edictum*.

comme nous venons d'essayer de le démontrer, elle n'est pas juste juridiquement, et elle n'est sûrement pas celle des jurisconsultes.

Nous avons noté que le droit d'accession se doit d'être justifié. Mais est-il nécessaire que cela se fasse par l'intermédiaire d'un autre principe juridique ? Le droit, en tant que règle sociale, ne se doit-il pas de répondre aux nécessités mêmes de la société ? Par conséquent nous affirmons que le droit d'accession ne se justifie pas par le principe de l'occupation ou par tout autre principe, mais par le but qu'il poursuit, c'est-à-dire la protection de l'intérêt général. Et précisément, cela se traduit lorsque l'union est indissoluble, par la conservation des valeurs créées.

Il est évident que nous pouvons admettre le pouvoir absorbant du bien principal toutes les fois que le bien accessoire n'a pas de maître ou qu'il perd sa nature et sa forme dans le fait d'incorporation. Mais quand les biens ont chacun leur propriétaire, nous avons dit que ce pouvoir, en principe, semble arbitraire. Ce n'est qu'une apparence, car en bien des circonstances, il est imposé par des nécessités d'ordre économique et pratique³⁹⁵.

Nous avons noté que la rigueur du droit aurait dû conduire (dans les hypothèses où deux choses se trouvent réunies) à accorder à chaque propriétaire le droit de demander la séparation. Si cette rigueur doit fléchir ici c'est parce que, dans la plupart des cas où l'accession a un caractère irrévocable, cette séparation ne pouvait avoir lieu sans dégradation et qu'elle serait souvent même impossible car elle entraînerait une diminution trop importante de la valeur de l'objet, et à terme, de la richesse sociale.

Ainsi, l'équité, l'utilité générale, exigent dans certaines hypothèses que le tout formé soit attribué à l'un des propriétaires. De cette façon, un des deux biens est au moins sauvegardé ; c'est une richesse qui est maintenue et augmentée. Si la séparation était faite, malgré les dégradations qu'elle entraînerait, les biens séparés seraient très probablement dans un état tel qu'ils ne pourraient plus être d'aucune utilité. Pareille disparition va à l'encontre de tout principe économique et par corrélation, de l'intérêt général.

C'est par exemple ce que décide la législation romaine à propos du bras qui est forgé à une statue ; il appartient définitivement au propriétaire de l'objet principal. Si un accident vient à rompre le bras, il ne lui rend pas son individualité primitive, car il ne s'agit

³⁹⁴ *"La matière se prête à des développements sur l'origine de la propriété et sur sa légitimité"* écrivait M. le Doyen CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T. 2, Paris, 1957, p. 265. Dans le même ordre d'idée Mrs OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J.), *Droit Romain et ancien droit*, les biens, Paris, p. 250-251, avec beaucoup de clair-voyance, nous mettent en garde contre une confusion courante entre les deux grandes fonctions de l'occupation : *"On a parfois confondu, écrivent-ils à ce sujet, les modes d'acquisition de la propriété avec les principes qui légitiment le droit de propriété. L'occupation a été souvent considérée comme justifiant la propriété. Mais l'occupation comme tous les autres modes d'acquisition, n'est qu'une technique qui n'a de valeur qu'une fois admis le principe de propriété. Les deux problèmes sont cependant étroitement liés, les modes d'acquisition du très ancien droit pouvant, en effet, nous renseigner sur les origines et par là même sur la légitimité du droit de propriété privée"*.

³⁹⁵ En droit positif on ne peut pas faire intervenir la notion de conservation des valeurs créées. En effet, le Code Civil, dans le premier alinéa de l'article 555 relatif à l'accession artificielle immobilière, permet au propriétaire du sol d'exiger la remise en état des lieux s'il ne veut pas conserver les immeubles élevés. Cette remise en état des lieux va ainsi à l'encontre du but de la conservation des valeurs créées, puisqu'elle aboutit à l'entière destruction de l'immeuble.

pas de la séparation de deux objets assemblés, mais de la fracture d'un objet unique³⁹⁶.

C'est également ce que décide la loi des XII tables à propos d'une hypothèse bien connue³⁹⁷ : *"lors-que deux choses appartenant à des propriétaires dif-férents avaient été unies par l'un d'eux ou par un tiers, la rigueur du droit aurait conduit à admettre dans tous les cas que l'union ne pouvait entraîner aucune modification dans les droits des propriétaires et que chacun d'eux devait avoir la faculté de demander la séparation et la restitution de sa chose. Telle fut, en effet, la solution admise par les romains dans la plupart des hypothèses. Mais quand il s'agissait de matériaux de construction... l'exercice de son droit par le propriétaire, aurait risqué de provoquer l'écroulement de la maison... la loi des XII tables défendit de solvere les tigna iuncta..."*³⁹⁸.

Nous rappelons que de nombreux textes font référence à cette disposition : Ulpien D 47.3.1 *lib. 37. ad Edictum* : *"lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur) : sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem"*³⁹⁹.

Ainsi, le législateur fait un choix en fonction de considérations économiques ; mais en inter-disant au propriétaire de l'objet accessoire de revendiquer son bien, la législation romaine ne limite-t-elle pas le droit de propriété de ce dernier ?

Il s'agit d'une *"atteinte au droit absolu et rigide de la propriété"* constate R. Monier⁴⁰⁰ en invoquant le *Tignum iunctum*, qui observe cependant, quelques lignes plus haut, que le motif en a été d'as-surer la protection du propriétaire de la maison. Par conséquent, si les *décemvirs* limitent le droit de l'un pour organiser la jouissance de l'autre, il n'est pas exact de prétendre que l'accession a pour but de préserver l'intérêt général. Anne-Marie Patault estime en effet que *"quelles qu'aient été les raisons de l'arbitrage favorable, il*

³⁹⁶ Paul D 6.1.23.5 *lib. 21. ad Edictum*.

³⁹⁷ Cependant, pour certains auteurs ce n'est pas pour des motifs d'ordre économique que cette disposition a été édictée mais elle fut inspirée par des idées d'esthétique urbaine. En ce sens MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 59.

³⁹⁸ MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 2.

³⁹⁹ En ce sens également Paul D 10.4.6 *lib. 14 ad Sabinum* : *"gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest : aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret..."*. Se reporter encore à I 2.1.29. Nous avons remarqué que l'hypothèse du *Tignum iunctum* n'est pas à proprement parler une hypothèse d'accession indissoluble, car l'édifice constitue une union mécanique visible. Si le propriétaire ne peut pas revendiquer ses matériaux, c'est uniquement à cause de la disposition de la loi des XII tables que nous évoquons. Ainsi, de part cette législation, le *tignum iunctum* se rapproche des hypothèses d'accession irrévocable car elle en présente certaines caractéristiques. Il s'agit d'une hypothèse d'accession indissoluble par la volonté de la loi. Cependant en cas de démolition volontaire ou accidentelle, la revendication est donnée au propriétaire des matériaux (comme toutes les hypothèses d'accession temporaire) si toutefois il n'a pas reçu d'indemnité par l'action *Tignum iunctum* (I 2.1.29 et I 2.1.30).

⁴⁰⁰ MONIER (R.), *tignum* (*op. cit.* à la p. 11) p. 61. En ce sens également MELILLO (G.), *Tignum iunctum*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, Naples, 1964 p. 3.

n'est pas plus exact de dire que le droit est atteint que d'affirmer qu'il triomphe, selon le point de vue auquel on se place. En réalité, tout ce qu'on peut observer c'est qu'un propriétaire est sacrifié à un autre. Le propriétaire de la maison ou de la vigne cesse d'être à la merci de la reven-dication éventuelle d'une poutre ou d'un échelas. En même temps, le droit de propriété est fortifié et pré-cisé puisqu'est adoptée la mesure fondamentale qui va servir de point de départ à l'organisation de la pro-priété immobilière à laquelle s'incorporent des élé-ments divers".

Cependant cet auteur reconnaît que *"l'aspect positif de la disposition paraît plus important que l'aspect négatif, surtout si l'on tient compte des con-clusions de Monier : rappelant le profond respect té-moigné par le ius civile à la propriété, il observe que la disposition des XII tables ne supprime pas le droit du propriétaire du matériau, mais le suspend jusqu'à ce que l'union cesse..."*⁴⁰¹.

Il n'y a donc pas atteinte directe au droit de propriété puisque celui-ci est maintenu. Simplement, il y a limitation, et cette limitation ne traduit pas un souci d'assurer sa plénitude au droit de propriété ; elle est inspirée par la volonté de restreindre ce droit dans la mesure où son exercice paraît aller à l'encontre de l'intérêt général. Cela est valable pour l'hypothèse du *Tignum iunctum*, mais aussi pour toutes les hypothèses d'accession irrévocable. Dans tous les cas, le propriétaire de l'objet accessoire ne peut pas revendiquer son bien car cela entraînerait des dégra-dations trop importantes. On peut donc affirmer que le droit d'accession ne va pas à l'encontre mais dans le sens de la protection du droit de propriété⁴⁰².

Notons par ailleurs que lorsque les deux biens ont chacun leur propriétaire et qu'ils peuvent se séparer sans se dégrader et retourner à leur ancien état, c'est-à-dire lorsque l'union n'est pas indis-soluble, le but de l'accession n'est plus la conserva-tion des valeurs créées. Mais quel est-il ?

Puisque les deux choses sont indépendantes l'une de l'autre, n'aurait-il pas été plus simple de permettre au propriétaire de l'accessoire (demeurant propriétaire malgré l'adjonction) de récupérer tout simplement son bien, sans application du droit d'accession ?

S'il y a application du droit d'accession, c'est qu'on ne peut pas nier le rapprochement

⁴⁰¹ PATAULT (A.M.), "Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République", in *R.H.D.*, 1977, p. 254-255.

⁴⁰² Anne-MariePatault estime que si la disposition des XII tables ne supprime pas le droit du propriétaire, *"l'injonction des décevirs enlève en réalité au matériau son existence juridique. Le propriétaire ne peut le réclamer car il n'existe plus, fondu dans la maison ou dans la vigne. Il n'y a pas atteinte au droit de propriété, il y a constatation de la disparition juridique de l'objet sur lequel porte le droit, puisqu'il n'y a pas possibilité d'exercer l'action in rem. Ce n'est pas le droit qui est amputé, c'est son objet qui est supprimé par la décision des décevirs, grâce à laquelle, et ceci n'est pas un paradoxe, la propriété continue à s'organiser dans son prolongement essentiel : la jouissance du bien"*. Or, nous rappelons qu'il ne peut y avoir disparition juridique de l'objet accessoire que dans les hypothèses d'accession orga-nique. Nous espérons avoir démontré dans le développement pré-cédent que cela n'est pas le cas dans cette hypothèse du *tignum iunctum*. En effet, il ne peut y avoir coexistence entre le main-tient de la propriété et la disparition juridique de l'objet accessoire sur lequel porte ce droit de propriété.

matériel des deux choses et les conséquences que cela implique. Rappelons que ce rapprochement dans le cadre de l'accession dissoluble a pour effet de créer une chose composée. Or nous avons vu que par nécessité, et en application de la théorie de la "suspension" du droit de propriété que nous soutenons, cette chose composée (considérée dans son ensemble) ne peut avoir qu'un seul propriétaire, celui de l'objet principal, car la chose se considère indépendamment de ses parties. Du fait de ce rapprochement, la chose accessoire est désormais sous l'emprise matérielle du propriétaire de l'objet principal. Le propriétaire de l'objet accessoire quant à lui n'a plus la maîtrise de sa chose. Cependant cela n'implique pas que ce dernier ait perdu son droit de propriété ; celui-ci est simplement suspendu. S'il veut récupérer l'emprise qu'il avait sur sa chose il doit en demander la séparation.

Plusieurs faits juridiques peuvent être à l'origine du phénomène d'accession. Mais qu'il s'agisse d'un accident ou d'un vol, le propriétaire doit intentionner l'action *ad exhibendum* pour demander la séparation, puis après la revendication, retrouver une maîtrise totale sur son objet. Tant que ce dernier n'a pas intenté cette action, la législation romaine maintient en quelque sorte la propriété de l'ensemble au profit du propriétaire de l'objet principal (il s'agit de la conséquence directe du droit d'accession). Ainsi, si le phénomène à l'origine du droit d'accession est un accident, et que le propriétaire de l'objet accessoire récupère son bien sans avoir préalablement intenté l'action *ad exhibendum*, il commet un vol⁴⁰³. Pourquoi cette action et comment la justifier ?

Nous pouvons affirmer de toute évidence qu'une des fonctions essentielles du droit est de régir les rapports entre les individus ; et il nous semble que dans un système juridique aussi avancé que le système romain, nous ne pouvons pas laisser aux particuliers le soin de régler (dans certains domaines) leurs propres conflits. La société doit se substituer au corps social et mettre en place des systèmes régulateurs dont l'action *ad exhibendum* est un exemple, car nous ne pouvons pas nous faire justice nous-même. De tels mécanismes sont inhérents à toute organisation sociale. L'absence de tels mécanismes serait la porte ouverte à de nombreuses infractions et par corrélation, à de nombreux conflits⁴⁰⁴.

Lorsque *primus* soustrait (frauduleusement ou non) à *secundus* une chose qui ne lui appartient pas, *secundus* a contre *primus* l'action *ad exhibendum* puis une action en revendication et cela, comme dans tout système juridique avancé⁴⁰⁵. S'il s'agit d'un vol, il aura en plus des actions qui naissent du vol (l'*actio furti* et *condictio furtiva*). Ces différentes actions ne sont en réalité que des formes de contrôle du corps social par une société avancée dans le domaine juridique.

Ainsi, nous affirmons que l'accession se justifie au nom d'une cause rationnelle, en vertu du but qu'elle doit poursuivre, c'est-à-dire la conservation des valeurs créées

⁴⁰³ Ulpien D 47.2.21.4 *lib. 40 ad Sabinum* : "Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomponius scripsit".

⁴⁰⁴ En ce sens CARBASSE (J.M.), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, p. 9.

⁴⁰⁵ Voir par exemple l'article 2279 du Code Civil.

lorsque l'union est indis-soluble, but qui est ainsi que nous l'avons vu, parfaitement conforme aux nécessités économiques. Lorsque l'union n'est pas indissoluble c'est par des considérations d'utilité sociale que le droit d'accession se justifie. En toute hypothèse, les deux systèmes (que l'union soit indissoluble ou non) ont pour résultat la protection de l'intérêt général.

CONCLUSION

Les solutions données en matière d'accession par le droit romain présentent des caractères originaux qui les distinguent nettement de celles admises par le droit français moderne.

Ces différences se regroupent autour de deux faits essentiels : les jurisconsultes romains ont toujours admis que le droit du propriétaire de l'accessoire subsistait à l'état latent lorsque l'union avait pour conséquence de constituer un corps composé.

Les romains, n'ayant pas voulu retirer au propriétaire de l'objet incorporé son droit de propriété, ont eu à concilier les droits respectifs du propriétaire de l'accessoire et du propriétaire du principal.

Ils ont dû admettre que l'on pouvait être propriétaire d'une chose dans son ensemble sans être propriétaire des accessoires qui la composent. Sous l'influence peut-être des idées philosophiques grecques, ils ont été entraînés à poser des règles assez subtiles en matière de possession et d'usucapion des *corpora connexa* et des *tigna iuncta*.

Les rédacteurs du Code Civil se sont épargnés toutes ces difficultés ; ils n'ont pas hésité à sacrifier le droit de propriété de celui à qui appartenaient les biens accessoires incorporés. Ils ont érigé l'accession en mode d'acquisition⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Dans l'ancien droit elle n'est pas encore érigée à ce rang dans les coutumiers et les écrits doctrinaux. Pour plus de précision se reporter à LEVIE (V.P.), *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, publications universitaires de Louvains, 1951, p. 101.

Les romanistes ont en effet remarqué que le droit romain envisageait diverses hypothèses d'union entre deux choses et que les jurisconsultes résolvaient les difficultés naissant de ces "rapprochements" entre deux biens, en s'inspirant de considérations diverses.

D'après eux, ces solutions pouvaient, parfois au prix de légères modifications, se regrouper autour d'une idée unique : *accessorium sequitur principale*. Dès lors, il était facile de développer le système. De même que d'une succession de procès distincts peut naître une théorie jurisprudentielle, d'une série de solutions pratiques données à des questions concrètes s'est dégagé le principe sous-jacent que l'on avait jusque-là appliqué plus ou moins inconsciemment : lorsqu'une chose s'unit à une autre chose, la propriété de la chose principale entraîne la propriété de la chose accessoire. Un nom a même été trouvé pour désigner le phénomène : l'accession. Aussi, comme l'avait fait Pothier⁴⁰⁷, les rédacteurs du Code Civil ont-ils considéré que l'accession était un mode d'acquisition de la propriété.

Mais ce n'est pas tout ; ils ont aussi réuni les différents modes pour n'en faire qu'un seul. Il s'agissait de définir un *«nouveau droit de propriété émanant d'une propriété déjà existante et, à ce sujet, le projet de loi a été amélioré respectivement aux lois romaines. Elles contenaient une foule de distinctions qui ne pouvaient que jeter dans l'embarras. On a remarqué la possibilité d'exprimer tous les différents modes, soit de production, soit de réunion, soit d'incorporation, sous une seule expression générique, celle d'accession. Cette expression se trouvant très propre, le plan du projet de loi en est devenu très simple»*⁴⁰⁸.

En effet, l'acquisition du trésor par le propriétaire du fonds, les accroissements fluviaux, la confusion, la spécification au moins d'après la théorie Sabinienne, constituent autant de manifestations d'une force unique : le caractère absorbant de la propriété romaine⁴⁰⁹ ; caractère qui a directement forgé les règles à partir desquelles nous avons élaboré notre droit positif.

Ainsi, le système admis par le droit français est beaucoup plus simple que le système romain. Il n'en est pas pour cela plus logique. La confusion qui a pour effet de transformer deux propriétés divises en une propriété indivise, est acceptée par le Code Civil dans quelques cas d'accession artificielle mobilière⁴¹⁰ où il déclare la chose commune entre les deux propriétaires dans une certaine proportion. Or, si le mélange de deux choses est déclaré commun c'est que justement on ne peut en déclarer aucune comme principale. Il ne peut par conséquent s'agir d'une hypothèse d'accession. Nous avons également noté

⁴⁰⁷ POTHIER (R.J.), *Traité du droit du domaine de propriété*, Paris, 1772, n° 150 : "L'accession, écrivait-il, est une manière d'acquérir le domaine qui est du droit naturel, par laquelle le domaine de tout ce qui est un accessoire et une dépendance d'une chose est acquise de plein droit à celui à qui la chose appartient *vi ac potestate rei sua*".

⁴⁰⁸ GRENIER, Locré. t VIII. p 203.

⁴⁰⁹ En ce sens SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 130.

⁴¹⁰ Articles 572 et 573 du Code Civil.

que le droit du propriétaire aux fruits et aux produits de sa chose est qualifié à tort de droit d'accession par les articles 547 à 550 du Code Civil ⁴¹¹ .

Mais peut-on réellement prôner un système de droit absolument logique ? Est-il possible d'éviter les approximations, les hésitations, voire certaines contradictions ? Il est vrai que la théorie de l'accession atteste d'une certaine contrariété des techniques. *«Mais quand la vie est là, suivant son cours irréversible, criant ses besoins et, pressée par eux, postulant une règle, bonne ou mauvaise, critiquable ou non, en tout cas indispensable, à peine de désordre flagrant ou d'anarchie ruineuse, il faut coûte que coûte, lui faire réponse sans délai et sans ambages»*. Telle est la meilleure justification de l'utilisation de la théorie de l'accession ⁴¹² .

⁴¹¹ Voir *infra* p. 83 n° 123.

⁴¹² GENY (F.), Science et technique, 1, n° 62, p. 186.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS (C.), *Précis de droit romain*, T. 1, Paris, 1886.
- ADAME GODDARD (J.), "Palingsia di PS. 1, 7 : de integri restitutione", in *estudios de derecho romano en honor de A. d'ORS*, 1, Pamplona, 1987, p. 89-129.
- ALBANESE (B.), "Esegesi minime in tema di specificazione", in *Labeo*, 1, 1955, p. 166 et s.
- AMIRANTE (L.), *Captivitas et postliminium*, Naples, 1950.
- APATY (P.), "Tignum lunctum", in *I.U.R.A.*, 42, 1991, p. 111 et s.
- APPLETON (C.), *Le trésor et la iusta causa usucapionis*, Pavia, 1929.
- ARANGIO-RUIZ (V.), *Instituzioni di diritto romano*, 14ème éd., Naples, 1968.
- ARANGIO-RUIZ (V.), *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, Pars tertia, Negotia, 1940-1943.
- ARNAUD (A.J.), "Réflexions sur l'occupation, du droit romain classique au droit moderne", in *R.H.D.*, 1968, p. 183-210.
- ARNO (C.), "Textura", in *Mélanges Girard*, 1, Paris, 1912, p. 27 et s.
- ARNO (C.), "Sculptura e pictura", in *Annuario dell'istituto di storia del diritto romano della universita di Catania*, 17, 1928, p. 31 et s.
- ASCOLI (A.), "Contributo alla teoria della confusione", in *Riv. Ital. Sc. Giurid.*, 4, 1887, p. 9 et s.

- BALZARINI (M.), "Specificazione", in *N.N.D.I.*, 17, 1970, p. 1084-1087.
- BAUDRY (F.), "*Confusio*", in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, di Daremberg e Saglio, vol. I, sez. II, Paris, 1908, p. 1442.
- BECHMANN (A.), *Zur lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten*, Kiel, 1867.
- BEHREND (O.), "Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die *media sentia* in der geschichte der römischen Jurisprudenz", in *Z.S.S.*, 112, 1995, p. 195-238.
- BERGER (A.), "In tema di derelizione", in *B.I.D.R.*, 32, 1922, p. 131 et s.
- BERLIRI, "Obbiezioni al dogma *superficies solo cedit*", in *Temil emil.*, 1932, p. 1 et s.
- BERTREL (J.P.), *Essai d'une théorie nouvelle de l'accession, contribution à l'étude du droit civil des biens*, Paris, 1995.
- BESELER (G.), *Actio ad exhibendum, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, Mohr, Tübingen, 1910.
- BESELER (G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 1, Tübingen, 1910, p. 18,35, 44-45, 113.
- BESELER (G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 2, Tübingen, 1911, p. 17-18, 151-153.
- BESELER (G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 3, Tübingen, 1913, p. 21.
- BESELER (G.), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 4, Tübingen, 1921, p. 162.
- BESELER (G.), "Miszellen", in *Z.S.S.*, 45, 1928, p. 481 et s.
- BETTI (E.), *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. 2, Padoue, 1947.
- BIONDI (B.), *Il Diritto romano*, Bologne, 1957.
- BIONDI (B.), *Istituzioni di diritto romano*, 4ème éd., Milan, 1965.
- BIONDI (B.), *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia, Tipogr., Guerriero Guerra, 1913.
- BÖCKING (E.), *Pandekten*, Bonn, 1853, § 150, n° 31.
- BONA (F.), "Preda di guerra e occupazione privata di *res hostium*", in *S.D.H.I.*, 1952, p. 309-370.
- BONA (F.), "Postliminium in pace", in *S.D.H.I.*, 1955, p. 249-275.
- BONFANTE (P.), "La vera data di un testo di Calpurnio Sicula et il concetto romano del tesoro", in *mélanges Girard*, 1, Paris, 1912, p. 123-142.
- BONFANTE (P.), *Corso di diritto romano*, vol. 2, la proprietà, part. 1, reimp., Milan 1966.
- BONFANTE (P.), *Corso di diritto romano*, vol. 2, la proprietà, part. 2, reimp., Milan 1968.
- BONFANTE (P.), "La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte", in *Scritti giuridici vari*, 2, p. 357 et s.
- BONFANTE (P.), "Note a Windscheid, diritto delle Pandette", *Utet*, 6, 1926.
- BORTOLUCCI, "Nota a Gaio, 2, 78", in *B.I.D.R.*, 33, 1923, p. 151 et s.
- BORTOLUCCI, "*Tabula picta*", in *scritti Arno*, 1928, p. 14-22.

- BRANCA, "Accessione", in *E.D.*, 1958, p. 263 et s.
- BROGGINI (G.), *Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, Vienne, 1969.
- BUCKLAND (W.), "Le constitut possessoire ; *animus et corpus*", in *R.H.D.*, 1925, p. 355-381.
- BURDESE (A.), "in tema di *consumptio nummorum*", in *R.D.C.O.*, 51, 1953, p. 269 et s.
- CANNATA (C.A.), "L'animo possidere nel diritto romano classico", in *S.D.H.I.*, 26, 1960, p. 71-104.
- CAPOGROSSI-COLOGNESI (L.), *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, vol. 1, Milan 1969.
- CAPOGROSSI-COLOGNESI (L.), *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, vol. 2, Milan 1976.
- CARBASSE (J.M.), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T. 2, Paris, 1957.
- CARDINAL (J.G.), *Le droit de superficie, modalité du droit de propriété : étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, 1957.
- CERVENCA (G.), *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milan, 1965.
- CICU (A.), *Estinzione dei rapporti giuridici per confusione*, Sassari, 1899.
- COHEN (B.), "Specificatio in Jewish and Roman Law", in *R.I.D.A.*, 1958, p. 225 et s.
- COPPOLA (G.), "In tema di *tabula picta*", in *INDEX*, 16, 1988, p. 401-409.
- DAUVILLIER (J.), "La parabole du trésor et les droits anciens", in *R.I.D.A.*, 1957, p. 108-115.
- DE CRESCENZIO (N.), "Accessione", in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. 1, part. 1a (Diritto romano), Milan, 1884.
- DE FRANCISCI (P.), "Intorno all'acquisto per occupazione delle *res hostium*", in *A.I.V.*, 82, 1923, p. 967 et s.
- DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1876.
- DE MARTINO (F.), "Appunti in tema di specificazione", in *Scritti giuridici per il centenario della Casa Editrice Jovene*, Naples, 1954, p. 297 et s.
- DE MARTINO (F.), "Navis, eadem navis, specificatio", in *Riv. Dir. Navig.*, III, 1937, p. 178 et s.
- DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, Gratz, 1872, § 17, p. 80 et s., § 22 et 23 p 100 et s.
- DE VISSCHER (F.), "Aperçus sur les origines du *postliminium*", in *Nouvelles études*, Milan, 1949, p. 275 et s.
- DE VISSCHER (F.), *Le droit des tombeaux romains*, Milan, 1963.
- DU CAUROY (A.M.), *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, T. 1, 6ème éd., Paris, 1841.
- ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 3ème éd., Paris, 1967.

- FALLETTI (L.), "L'emploi du terme *forma*", in *mélanges Paul Fournier*, 1929, p. 224-228.
- FERRINI (C.) et GROSSO (G.), *Manuale di Pandette*, 4ème éd., Milan, 1953.
- FERRINI (C.), "Appuntisulla dottrina della specificazione", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 3, 1890, p. 212 et s.
- FERRINI (C.), "*Materia e species*", in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, 24, 1891.
- FERRINI (C.), "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 13, 1901, p. 101 et s.
- FERRINI (C.), *Teoria generale dei legati e fedecommissi*, 1895.
- FISCHER, "Das Problem der Identität und Neuheit mit besonderer Berücksichtigung der Specification", in *Festgaben der Breslauer Juristenfakultät zu Iherings Doctorjubiläum*, Breslau, 1892.
- FRANCESCHETTI (G.), "Reviviscenza e quiescenza in tema di accessione", in *Ann. della R. Univ. di Macerata*, 9, 1933, p. 11-71.
- FREZZA (P.), *Actio communi dividundo*, Rome, 1932.
- FUCHS, "*Consumptio nummorum*", in *Mélanges Meynal*, 1, p. 125 et s.
- GALGANO (S.), "Dell'acquisto del tesoro", in *Filangieri*, 33, 1908, p. 16 et s.
- GAUDEMET (J.), *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, Thèse, Strasbourg, 1934.
- GAUDEMET (J.), "*Captivitas e Postliminium*", in *R.H.D.*, 1952, p. 248-252
- GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, Paris 1998.
- GENY (F.), *Science et technique*, 1, n° 62, p. 186.
- GIOFFREDI (C.), "Sul' *ius postlimini*", in *S.D.H.I.*, 1950, p. 13-58.
- GIRARD (P.F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Paris, 1928.
- GIRARD (P.F.), *Textes de droit romain*, 6ème éd., Paris, 1937, (réédition 2003).
- GIUZZI (F.), "Confusione nelle proprietà", in *N.N.D.I.*, 4, 1988, p. 87-89.
- GLYN WATKIN (T.), "*TABULA PICTA : IMAGES AND ICONS*", in *S.D.H.I.*, 1984, p. 383-399.
- GÖPPERT (O.), *Ueber die Bedeutung von ferruminare und adplumbare in den Pandekten*, Breslau, 1869.
- GÖPPERT (O.), *Ueber die organischen Erzeugnisse*, Halle, 1869.
- GÖPPERT (O.), *Ueber die einheitliche Zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischen Recht*, Halle, 1871.
- GRADENWITZ (O.), *Interpolationem in den Pandekten*, Berlin, 1887.
- GUARINO (A.), "*Tignum lunctum*", in *Labeo*, 13, 1967, p. 132 et s.
- GUARINO (A.), *Diritto privato romano*, Naples, 1966 (12ème éd. 2001).
- GUARNERI CITATI (A.), "Reviviscenzae quiescenza nel diritto romano", in *Annali dell'Ist. di scienze giur., econ., pol., e soc., della R. Università di Messina*, 1, 1927, p. 33-61.
- GUARNERI CITATI (A.), "Appunti critici in materia di accessione in diritto romano", in *Annali della R. Università di Macerata*, 5, 1929, p. 260-288.

- GUARNERI CITATI (A.), "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti", in *Annali del Seminario Giuridico dell' università di Palermo*, 14, 1930, p. 227-387.
- GUARNERI CITATI (A.), "Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione", in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 3, Milan, 1930, p. 439 et s.
- GUARNERI CITATI (A.), "Ricostruzione dell'edifizio", in *Rendiconti Istituto Lombardo*, 59, p. 150. et s.
- GUIZZI (F.), "Confusione nelle proprietà", in *N.N.D.I.*, 4, 1957, p. 87-89.
- HAUPT, *De carminibus bucolicis Calpurnii et Nemesiani*, Berlin, 1854.
- HEILBORN, *Tignum iunctum, plantatio und accessio*, Thèse, Breslau, 1907.
- HILL (G.), *Treasure Trove*, Oxford, 1936 (réimpr. Aalen 1980), p. 5 et s.
- HOLTHÖFER (E.), *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Rech*, Berlin-New York, 1972.
- HUBAUX (J.) et HICTER (M.), "Le fouilleur et le trésor", in *R.I.D.A.*, 1949, p. 425-437.
- HUSCHKE, "Ad legem XII Tabularum de tigno iuncto commentatio", in *iuris collectanea*, 1, Vratislaviae, 1837.
- HUVELIN (P.), *Etude sur le furtum dans le très ancien droit romain*, T. 1 (Les sources), Lyon, 1915.
- IBLED (C.), *Le droit de superficie. Ses applications et son avenir en droit français*, Toulouse, 1931.
- IMBERT (J.), *Postliminium*, Thèse, Paris, 1944.
- JHERING (R.), *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1881, p. 79 et s.
- KALINKA, "Digestenkritik u. Philologie", in *Z.S.S.*, 47, 1930, p. 331.
- KARRAS (H.), *Scriptura und pictura im römischen und bürgerlichen Recht, Ein Beitrag zur Lehre von der Akzession*, Berlin, 1905.
- KARLOWA (O.), *Röm. Rechtsgeschichte*, T. 2, 1901 p. 431.
- KASER (M.), "Compte-rendu de la thèse de Mellilo : *tignum iunctum*", in *Labeo*, 1966, p. 104-111.
- KASER (M.), "Zur in *integrum restitutio*, besonders wegen *metus* und *dolus*", in *Z.S.S.*, 94, 1977, p. 101-183.
- KASER (M.), "Altrömisches Eigentum und *usucapio*", in *Z.S.S.*, 105, 1988, p. 128-164.
- KASER (M.), "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömisches Recht", in *Z.S.S.*, 65, 1947, p. 219 et s.
- KASER (M.), *Das römische privatrecht*, I, C.H., München, 1975.
- KASER (M.), "Das Geld in röm. Sachenrecht", in *T.I.*, 1961, p. 183 et s.
- KASER (M.), "*Tignum iunctum*", in *Labeo*, 1966, p. 104-111.
- KASER (M.), "*Tabula picta*", in *T.R.*, 36, 1968, p. 31 et s.
- KNÜTEL (R.), "Arbres errants, îles flottantes, et animaux fugitifs et trésors enfouis", in *R.H.D.*, 1998, p. 187-214.

- KNÜTEL (R.), *Von landanschwemmungen und Schätzen*, Festschr., Hübner, 1984.
- KNÜTEL (R.), "Der Schatz im Acker", in *INDEX*, 15, 1987, p. 111-116.
- KORNHARDT (H.), "Postliminium in republikanischer zeit", in *S.D.H.I.*, 1953, p. 37 et s.
- KRETSCHMAR, *Die theorie der Confusion*, Leipzig, 1899.
- LAURIA (M.), "Del possessore del tesoro all'inventor", in *Labeo*, 1955, p. 21 et s.
- LEONHARD, "Confusio", in *Pauly-Wissowa, Real Encyclopädie*, volume 4, Stuttgart, 1901, p. 873 et s.
- LEMOSSÉ (M.), "Compte-rendu de la thèse de Mellilo : *tignum iunctum*", in *R.H.D.*, 1966, p. 89-90.
- LENEL (O.), *Das Edictum Perpetuum*, 3ème éd., Tauchnitz, Leipzig, 1927, p. 220 et s.
- LENEL (O.), "Rei vindicatio und actio ad exhibendum", *Grünhut's Zeitschr. f. privat. u. öffentl. Recht*, Wien, 37, 1910, p. 515 et s.
- LEPOINTE (M.), *Droit romain et ancien droit français*, les biens, Paris, 1958.
- LEVIE (V.P.), *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, publications universitaires de Louvain, 1951.
- LEVY (J.P.), *Histoire des institutions privées. La propriété*, les biens, licence, 1968-1969.
- LEVY (J.P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 1ère éd., Paris, 2002.
- LONGO (C.), *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milan, 1946.
- LONGO (G.), *Corso di diritto romano*, 1, diritti reali, Rome, 1962.
- LUCREZI (F.), *La TABULA PICTA*, Naples, 1984.
- LUCREZI (F.), "Possessio e Animus", in *Labeo*, 1978, p. 339-343.
- MADDALENA, "Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica", in *pubblicazioni della facoltà giuridica dell'Università di Napoli*, 113, 1970, p. 20-142.
- MADDALENA, "Tabula Picta : Ritorna a jhering", in *Labeo*, 1967.
- MAFFI (A.), *Ricerche sul postliminium*, Milan, 1992.
- MAGANZANI (L.), "Gli incrementi fluviali in fiorentino VI inst. (D 41.1.16)", in *S.D.H.I.*, 1993, p. 207-258.
- MANCALEONI (F.), "Contributo alla storia ed alla teoria della rei vindicatio utilis", in *Studi Saresi*, 1, 1901, p. 1 et s.
- MANCALEONI (F.), "Sulla commixtio dei nummi", in *R.I.S.G.*, 24, 1897, p. 198 et s.
- MARCHI (S.), "A fanciulla d'Anzio e o istituto do tesoro", in *INDEX*, 25, 1997, p. 365-398.
- MAROI (F.), "La proprietà degli alberi separata da quella del fondo", in *S.D.H.I.*, 1935, fascicule 2, p. 349-372.
- MARRONE (M.), "actio ad exhibendum", in *Annali del Seminario Giuridico dell' università di Palermo*, 26, 1957, p. 177 et s.
- MARRONE (M.), "Tignum iunctum e inaedificatio", in *Labeo*, 1979, p. 138-162.

- MARRONE (M.), *Istituzioni di diritto romano. Cose, diritti reali, possesso, obbligazioni*, Palermo, 1987.
- MASCHI (C.A.), "Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio *superficies solo cedit*", in *studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del Insegnamento*, 4, Naples, 1953, p. 135-170.
- MASCHI (C.A.), "Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficiaria", in *Atti VIII Congr. Studi bizan.*, 8, p. 350 et s.
- MAYER-MALY (T.), "Studien fruehgeschichte der *usucapio*", in *Z.S.S.*, 77, 1960, p. 16-51.
- MAYER-MALY (T.), "Studien fruehgeschichte der *usucapio*", in *Z.S.S.*, 78, 1961, p. 221-276.
- MAYER-MALY (T.), "Studien fruehgeschichte der *usucapio*", in *Z.S.S.*, 79, 1963, p. 86-107.
- MAYER-MALY (T.), "Studienzur elementarliteratur über die *Usucapio*", in *Studi E. BETTI*, 3, Milan, 1962, p. 453-504.
- MAYER-MALY (T.), "*Thensaurus meus*", dans *Acta Juridica*, 84, 1985.
- MAYER-MALY (T.), "Spezifikation : Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut", in *Z.S.S.*, 73, 1956, p. 120 et s.
- MAYER-MALY (T.), "Nuove ipotesi in tema di *TABULA PICTA*", in *Labeo*, 1986, p. 78-82.
- MAYER-MALY (T.), "Compte-rendu de la thèse de Melillo : *tignum iunctum*", in *S.D.H.I.*, 33, 1967, p. 433.
- MAYER-MALY (T.), "Der Schatzfund in Justinians Institutionem", dans : P.G. Stein - A.D.E. Lewis (éd.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C. Thomas*, 1983, p. 109 et s.
- MELILLO (G.), *Tignum iunctum*, pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, Naples, 1964.
- MELILLO (G.), "Per una diversa prospettiva della *inaedificatio*", in *INDEX*, 20, 1992, p. 554-560.
- MEINCKE (J.P.), "*Superficies solo cedit*", in *Z.S.S.*, 88, 1971, p. 136 et s.
- MEYKOW, "Die Lehre des römischen Rechts vom Eigentumserwerb durch Specification", in *Osenbruggens Dorpater juristischen Studien*, Dorpat, 1849.
- MILLIOT (L.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 1953.
- MONIER (R.), *Le tignum iunctum*, Thèse, Paris, 1922.
- MONIER (R.), *Vocabulaire de droit romain*, 4ème éd., Paris, 1949.
- MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, T. 1, Paris, 1947 (6ème éd.).
- MOZZILLO (A.), "Note in tema di specificazione", in *scritti giuridici per il centenario della casa editrice*, Naples, 1954, p. 711-733.
- MUSUMECI (F.), *Inaedificatio*, Milan, 1988.
- MUSUMECI (F.), "*Inaedificatio*", in *Studi Romani*, 1989, p. 361.
- MUSUMECI (F.), "VICENDA STORICA DEL *TIGNUM IUNCTUM*", in *B.I.R.D.*, 1978, p.

202-265.

NARDI, "Tabula picta", in *Archivio Giuridico*, 1, 1939, p. 129-144.

NEGRI (G.), "Compte-rendu de l'ouvrage de Musumeci : *inaedificatio*", in *S.D.H.I.*, 58, 1992, p. 523.

NÖRR (D.), "Ethik von jurisprudentz in sachem schatzfund", in *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 75, 1972, p. 11-15.

ORTOLAN (M.), *Explication Historique des Institutes*, 8ème éd., T. 2, Paris, 1870.

OSUCHOWSKY (W.), "Des études sur les modes d'acquisition de la propriété en droit romain. Recherche sur l'auteur de la théorie éclectique en matière de la spécification.", in *studi Arangio-Ruiz*, 3, Naples, 1953, p. 37 et s.

OSUCHOWSKY (W.), "*Media sententia*", dans *Pamitnik historyczno-prawny*, Recueil d'histoire du droit, 10, Lwow, 1930.

OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit*, les biens, Paris, 1961.

PAMPALONI (M.), "Il concetto giuridico del tesoro nel diritto romano e odierno", in *Studi per l'VIII Centenario dell' Università di Bologna*, 1889, p. 101 et s.

PAMPALONI (M.), "Sopra il significato delle parole *ferruminare* e *adplumbare* nelle pandette", in *Archivio Giuridico*, 23, 1879, p. 223-299.

PAMPALONI (M.), "Questioni di diritto giustiniano", in *R.I.S.G.*, 49, 1922, p. 235 et s.

PAMPALONI (M.), "Appunti sulla confusione e sulla commissione in diritto romano", in *B.I.D.R.*, 37, 1929, p. 32 et s.

PAMPALONI (M.), "La legge delle XII tavole de *tigno iuncto*", in *Archivio Giuridico*, 30, 1883, p. 254-312.

PAMPALONI (M.), "Ancora sopra la legge delle XII tavole de *tigno iuncto*, a proposito di un lavaro di Schumacher", in *Archivio Giuridico*, 34, 1885, p. 153-171.

PAMPALONI (M.), "L'*actio de tigno iuncto* e il delitto di furto", in *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 21, 1910, Rome, p. 205-221.

PAMPALONI (M.), "Appunti sopra l'acquisto della proprietà per alluvione", in *S.T.*, Senesi, 43, 1929, p. 221 et s.

PAMPALONI (M.), "Osservazioni alla teorica dell'avulsio", in *Archivio Giuridico*, 33, 1884, p. 433 et s.

PAMPALONI (M.), "Studi sopra il delitto di furto", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 21, 1908, p. 214 et s.

PASQUALI (G.), "Accessione", in *Digesto Italiano*, vol. 1, part. 1a, Turin, 1884.

PASTORI (F.), *La superficie nel diritto romano*, Naples, 1965.

PATAULT (A.M.), "Reflexion sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la république", in *R.H.D.*, 1977, p. 239 et s.

PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, 2ème éd., II, 1, Halle, 1895.

PEROZZI (S.), "*Materia e species*", in *B.I.D.R.*, 3, 1890, p. 212 et s.

PEROZZI (S.), "Se la relazione delle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D 41.1.7.7 sia di Gaio", in *Rend. dello Ist. Lomb.*, 23, 1893.

PEROZZI (S.), "Contro l'istituto giuridico dell' acquisto del tesoro", in *Monitore dei*

- Tribunali*, Milan, 31, 1890, p. 705 et s.
- PEROZZI (S.), "Sul possesso di parti di cosa", in *Studi giuridici et storici per l'VIII centenario della Università di Bologna*, Rome, 1888, p. 241-317.
- PEROZZI (S.), "Tra la fanciulla d'Anzio e la Niobide", in *R.D.C.O.*, 8, 1910, p. 253 et s.
- PEROZZI (S.), *Istituzioni di diritto romano*, 2ème éd., 1, Firenze, 1906.
- PETIT (E.), *Traité élémentaire de droit romain*, Paris, 1925, (9ème éd.).
- PFLÜGER (H.), *Ueber Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache*, Thèse, Stasbourg, 1886.
- PICCARD, *Recherches sur l'histoire de la spécification*, Lausanne, 1926.
- PIERPAOLO, *Possessio e animus*, Pubblicazione della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara, Milan, 1977.
- POTHIER (R.J.), *Traité du droit du domaine de propriété*, Paris, 1772, n° 150.
- PRICHARD (A. M.), "Early *usucapio*", in *L.Q.R.*, 90, 1974, p. 234-245.
- PUCHTA (F.G.v.), *Kleine civilistische Schriften : über die actio de tigno iuncto*, Leipzig, 1851, p. 392.
- PUGLIESE (G.), "La superficie nel diritto giustiniano", in *St. Segrè*, 1943.
- PUGSLEY (D.), *The Roman Law of Property and Obligation*, Johannesburg, 1972.
- QUADRATO (R.), "*Tignum iunctum ne solvito* (Dalle XII Tavole a Giustiano)", in *A.U.B.A.*, 1967, p. 109 et s.
- RATTI (U.), "Rinascita della proprietà in tema di accessione", in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 1, Milan, 1930, p. 263-302.
- RATTI (U.), "Studi sulla *captivitas* e alcune repliche in tema di *postliminio*", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 35, 1927.
- RICCOBONO (S.), "Interpretazione e critica del fr. 63, D, 24, 1 : Paulus III, *ad Neratium*", in *Archivio Giuridico*, 53, 1894, p. 521-543.
- RICCOBONO (S.), "Interpretazione e critica del fr. 63, D, 24, 1 : Paulus III, *ad Neratium*", in *Archivio Giuridico*, 54, 1895, p. 265-281.
- RICCOBONO (S.), *Fontes iuris Romani antejustiniani*, Florence, 1941.
- RICCOBONO (S.), "Dal diritto romano classico", in *A.P.*, 3-4, p. 457.
- RIPERT (G.), "*Les forces créatrices du droit*", 1955.
- RODDI, "I Mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano", in *Memorie dell'istituto giuridico della R. Università di Torino*, 1936.
- ROLAND-BOYER, *Adages du droit Français*, 3ème éd., 1992.
- ROMANO (S.), *Studi sulla derelizione nel diritto romano*, Padoue, 1933.
- ROMANO (S.), "L'occupazione delle *res derelictae*", in *Annali di Camerino*, 1930, p. 201-252.
- ROTONDI, "I ritrovamenti archeologici e il regime dell'acquisto del tesoro", in *scritti*, 3, p. 339 et s.
- SANCHEZ-MORENO ELLART (C.), "La *accessio possessionis* en el derecho romano clasico. Contribucion al estudio de la *accessio possessionis* en la *usucapion*", in

- B.I.D.R.*, 37-38, 1995-1996, p. 455-569.
- SANFILIPPO (C.), "Accessione", in *N.N.D.I.*, 1957, p. 129 et s.
- SAN NICOLO, "Recensione di Guarneri Citati. Reviviscenza e quiescenza", in *Z.S.S.*, 49, 1932, p. 528 et s.
- SANTALUCIA (B.), "Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede", in *B.I.D.R.*, 1969, p. 89-138.
- SARGENTI (M.), "Tre osservazioni sul regime degli incrementi fluviali", in *S.D.H.I.*, 23, 1957, p. 236 et s.
- SAVIGNY (K.Fr.v.), *Das Recht des Besitzes*, 6ème éd., 1837.
- SCARCELLA (A.S.), "Una nuova concezione del tesoro alla luce de CI 10.15.1", *Atti Accad. Pelovitana*, Pericolanti, 58, 91, p. 187 et s.
- SCHERMAIER (M.J.), "Teilvindikation ader Teilungsklage", in *Z.S.S.*, 110, 1993, p. 124-193.
- SCHERMAIER (M.J.), *Materia, Beiträge zur frage des Naturphilosophie im Klassischen römischen*, Vienne-Cologne-Weimar, 1992, p. 341 et s.
- SCHMÖLDERS, *Das Eigenthum an den in ein Gebäude verwandten Baumaterialen*, Thèse, Breslau, 1885.
- SCHMIDLIN (B.) et CANNATA (C.A.), *Droit Privé Romain*, T. 1, Sources-Famille-Biens, 1984.
- SCHULZ (F.), *Die Lehre von der Spezifikation*, Greifswald, 1901.
- SCHULZ (F.), "Fr. 63 D. 41,1 zur Lehre vom Schatzerwerb", in *Z.S.S.*, 35, 1914, p. 94 et s.
- SCHULZ (F.), *Classical roman law*, Oxford, 1951.
- SCHUMACHER (M.J.), *Ueber tignum und tignum iunctum*, Thèse, Bonn, 1882.
- SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 1, Rome, 1928.
- SCIALOJA (V.), *Teoria della proprietà nel diritto romano*, 2, Rome, 1933.
- SELL (F.), *Römische Lehre des Eigenthums*, Bonn, 1852.
- SENN (F.) et GIRARD (P.F.), *Les lois des Romains, Textes de droit romain*, T. 2, Naples, 1977.
- SERBAT (G.), *Linguistique latine et linguistique générale*, La Neuve, 1988.
- SIBER (H.), *Römischen Recht*, vol. 2, Römisches Privatrecht, Berlin, 1928.
- SIBER (H.), "Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen", in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 4, Milan, 1930, p. 111 et s.
- SITZIA (F.), *Studi sulla superficie in epoca giustiniana*, Milan, 1979.
- SOKOLOWSKI (P.), *Die Philosophie im Privatrecht*, 1, Halle, 1907.
- SOLAZZI (S.), "La superficie nel diritto giustiniano", in *Archivio Giuridico*, 113, 1954.
- SOLAZZI (S.), "Il *ius postliminii* in Gai. 1,129", in *S.D.H.I.*, 1954, p. 318-320.
- SOLAZZI (S.), "Il concetto del *ius postliminii*", in *Scritti Ferrini*, 2, Milan, p. 288 et s.
- SOTTY (R.), *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Thèse, 1977.

- STOOP (B.C.), “*Non solet locatio dominium mutare. Some remarks on Specificatio in classical Roman law*”, in *T.R.*, 66, 1998, p. 3-24.
- STORZ, *Beiträge zur Spezifikationslehre des römischen Rechts und des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1903.
- STRAUSS, *Stoff und Arbeit. Eine studie aus dem bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1899.
- STURM (F.), “*La nature juridique de la rei vindicatio*”, in *mélanges Ankum*, 2, 1995, p. 505-511.
- SULZER (A.), *Der Eigenthuserwerb durch Specification*, Zürich, 1883.
- TALAMANCA (M.), “*Actio ad exhibendum*”, in *N.N.D.I.* (I1), p. 254-257.
- TALAMANCA (M.), *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1990.
- THOMAS (J.A.C.), “*Locatio conductio, emptio venditio und specificatio*”, in *Z.S.S.*, 81, 1964, p. 109 et s.
- TOESCA DI CASTELLAZO (C.), “*Confusione nella proprietà*”, in *Nuovo Digesto Italiano*, 3, Turin, 1938, p. 819 et s.
- VACCA (L.), *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae*, Milan, 1984.
- VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7ème éd., Leipzig, 1863.
- VAN WETTER (P.), *Droits réels*, T. 2, Paris, 1909.
- VILLERS (R.), *Rome et le droit privé*, Paris, 1977.
- VOCI (P.), *Modi di acquisto della proprietà, Corso di diritto romano*, Milan, 1952.
- VOCI (P.), “*Compte-rendu de la thèse de Mellilo : tignum iunctum*”, in *I.U.R.A.*, 16, 1965, p. 308-313.
- VOGEL, “*Zur rechtl. Behandlung der röm. Kriegsgewinne*”, in *Z.S.S.*, 56, 1948.
- WÄCHTER, *Pandekten*, 2, Leipzig, 1881, § 133.
- WATSON (A.), “*Tignum iunctum, the XII Tables and a Lost Word*”, in *R.I.D.A.*, 21, 1974, p. 337s.
- WATSON (A.), *The law of property in the later roman republic*, Oxford, 1968.
- WENGER (L.), “*Superficies solo cedit*”, in *Philologus*, 88, 1933, p. 254 et s.
- WIEACKER (F.), “*Specification, Schulprobleme und Sachprobleme*”, in *Festschrift für E. Rabel*, 2, Tübingen, 1954, p. 263 et s.
- WIMMER (M.), *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Böhlau, Cologne-Weimar-Vienne, 1995.
- WINDSCHEID (B.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1, 9ème éd., Francfort, 1906, p. 710 et s.
- WOLFF (M.), *Zur Kritik der Lehre vom Eigentumserwerb durch Specification*, Breslau, 1897.
- YARON (R.), “*Reflections on usucapio*”, *Tijdschrift*, 35, 1967.